Das Erfordernis der Einigung für die Entstehung einer Eigentümerhypothek.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Paul Bleske
Referendar.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinem Vater

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Anforge, Die Zahlung der Hypothek durch den Eigentümer als Schuldner und als Nichtschuldner. Diss. Breslau 1908.

Biermann, Sachenrecht. 1903.

Böhm, Das materielle und das formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reichs Bd. 10 Heft 2. Jena 1903.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 2. Aufl. Leipzig 1905.

Colberg, über die geschichtliche Entwicklung der Eigentümerhypothek. Diss. Erlangen 1905.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 3. 1904.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. 1884.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausgegeben von Leonhard. Bd. 2.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 9. Aufl. 1905.

Entscheidungen des früheren Kgl. Preuß. Obertribunals. Bd. 77.

Entscheidungen des preußischen Kammergerichts. Bd. 27.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 3, 52, 60, 68, 70.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt. Bd. 4.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht. Berlin 1903.

Ganz, Die Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Bonn 1903.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. 1905.

Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek. Im Archiv für das bürgerliche Recht Bd. 20 S. 23 ff. Berlin 1902.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen. 2 Bde. Berlin 1911.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 2. Lesung. 1895.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. Mannheim 1900.

Hartmann, Rechte an eigener Sache, Untersuchung zur Lehre vom Eigentumsrecht. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 17. 1879.

Herold, Die beiden Unterarten der Eigentümerhypothek und das Wesen der Sicherungshypotheken. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung 4. Jahrg. Heft 19. 1904.

Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek. Ein Beitrag zur Lehre von den Wirkungen werdender Rechte. Im Archiv für bürgerliches Recht 1905 Bd. 25 S. 222—254.

Horn, Die Eigentümerhypothek. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Leonhard, Heft 19.

Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für R. Koch. Berlin 1903.
Koch, Übergang der Forderungsrechte. Kommentar zum Anhang § 52 ALR.
Kretzschmar, Ein Beitrag zu der Lehre von der Eigentümerhypothek. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw. 4. Jahrg. 1904 S. 192—201.
Lange, Die Eigentümerhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Tübingen 1901.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 3.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Buch 3. 1903.
Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1903 Bd. 47.
Oberneck, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Ein Vortrag. 1897.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1904.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 3. 1902.
Predari, Die Grundbuchordnung.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Berlin 1899.
Puntschart, Der Grundschuldbegriff des deutschen Reichsrechts. 1900.
Puntschart, Pfandrecht an eigener Sache nach deutschem Reichsrecht. In der Festschrift für Karl v. Amira S. 103 ff. 1908.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 5.
Roth im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 62.
Schauer, Die Behandlung der Eigentümerhypothek nach römischem Recht. Diss. Erlangen 1898.
Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach deutschem Reichsrecht. Leipzig 1899.
Schollmeyer, Die Hypothek des Eigentümers nach dem Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken usw. von 1872. Diss. Halle 1874.
v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht Bd. 2 Heft 1.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht, von Kober. München 1907.
Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte an Grundstücken. Berlin 1899.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. 1. 1900.
v. Wening-Ingenheim, Das Pfandrecht an eigener Sache. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 6.
Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1904.

A. Einleitung.

§ 1.

Die Eigentümerhypothek ist nach dem Erscheinen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der juristischen Literatur sehr häufig Gegenstand der Erörterung und des Streites gewesen. Wie die Ansichten über die rechtliche Natur der Hypothek auseinandergehen, so natürlich auch über das Wesen der Eigentümerhypothek und das Verhältnis von Gläubigerhypothek und Eigentümerhypothek zueinander. Die einen sehen beide Rechte als zwei koordinierte Formen der Belastung an. Andere gehen noch weiter und glauben, daß die ganze Lehre vom Immobiliarpfandrecht auf dem Gedanken der Eigentümerhypothek aufgebaut sei und von ihr ihren Ausgangspunkt zu nehmen habe. Sie bezeichnen die Eigentümerhypothek als die grundlegende Hypothek, den „Urquell aller pfandrechtlichen Belastung", aus dem erst die Gläubigerhypothek entstehe. Wieder andere stellen umgekehrt die Gläubigerhypothek als das Ursprüngliche hin und lassen aus ihr unter gewissen Voraussetzungen die Eigentümerhypothek entstehen. Dies ist wohl die heute noch vorherrschende und m. E. historisch und logisch begründete, auch dem Willen des Gesetzes entsprechende Ansicht. Aber auch unter den Vertretern und Anhängern dieser Ansicht herrscht in den wichtigsten Punkten nichts weniger als Einigkeit. Da scheiden sich schon die Meinungen hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen aus einer Gläubigerhypothek eine Eigentümerhypothek entstehe. Teils wird behauptet, die Fälle der Eigentümerhypothek seien in den §§ 1163 ff. BGB. erschöpfend geregelt, im Bürgerlichen Gesetzbuch sei wie im römischen und preußischen Recht die Methode der Kasuistik angewendet; teils will man die Eigentümerhypothek als „normale Erscheinung" überall, wo irgend ihre Voraussetzungen vorliegen, entstehen lassen. Und welches sind denn die Tatbestandsmerkmale, deren Vorhandensein für jeden Fall der Entstehung einer Eigentümerhypothek unbedingt erforderlich ist? Auch hierüber herrscht Streit. Daß die Ein-

tragung der Gläubigerhypothek im Grundbuche stattgefunden haben muß, unterliegt keinem Zweifel. Streitig aber ist, ob die nach § 873 BGB. zur Begründung einer Hypothek erforderliche „Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung" auch für Entstehung einer Eigentümerhypothek Erfordernis ist.

Der Untersuchung dieser Frage ist die nachfolgende Abhandlung gewidmet. Im Verlauf derselben wird sich auch zeigen, daß die zu Anfang erwähnten Theorien über die Rechtsnatur der Eigentümerhypothek und deren Verhältnis zur Gläubigerhypothek mit dem Grundgedanken und den Vorschriften des Gesetzes in Widerspruch stehen und unhaltbar sind.

B. Ausführung.

I. Geschichtlicher Teil.

§ 2.

1. Vorbemerkung.

Das römische und das ältere deutsche Recht können für unsere Frage nicht in Betracht kommen, da sie das Institut der Pfand- bezw. Grundbücher nicht kennen. Doch mag hier in Kürze einiges über die Eigentümerhypothek des römischen und des deutschen Rechts bemerkt werden, da später auf die rechtliche Natur der heutigen Eigentümerhypothek eingegangen werden muß und die Wurzeln derselben bis in das deutsche und, insofern sie „abwehrend gegen die Angriffe nachstehender Realberechtigter wirkt", [1] auch in das römische Recht zurückreichen.

2. Die Fälle der Eigentümerhypothek.

§ 3.

a) Römisches und gemeines Recht.

Grundsätzlich steht das römische Recht allerdings auf dem Standpunkte, daß eine Eigentümerhypothek, d. h. ein Pfandrecht an eigener Sache nicht bestehen kann (z. B. l. 45 D. 50, 17: neque pignus ... rei suae consistere potest).[2] Doch kommen in den Quellen einige Ausnahmen vor, so vor allem l. 30 § 1 D. 44, 2 (l. Latinus Largus).[3] Als erster hat v. Wening-Ingenheim (S. 138 ff.) die Behauptung aufgestellt, daß in den Quellen ein Pfandrecht an der eigenen Sache anerkannt sei. Doch wird diese

[1] Bruck S. 14.
[2] Schauer S. 3ff.
[3] Schauer S. 15ff.

Ansicht vielfach bestritten. Jedenfalls kann höchstens in drei Fällen eine Eigentümerhypothek entstanden sein, nämlich

1. wenn der vorgehende Pfandgläubiger das Eigentum an der ihm verpfändeten Sache erwarb;
2. wenn der Eigentümer der Pfandsache ein vorgehendes Pfandrecht erwarb, und
3. wenn ein Dritter Eigentum der Pfandsache und ein vorgehendes Pfandrecht zugleich erwarb.

Die Eigentümerhypothek des römischen Rechtes trat also in diesen ausdrücklich bestimmten Ausnahmefällen ein nur, wenn ein bereits bestehendes Hypothekenrecht mit dem Eigentum zusammentraf.[1] Im übrigen erschien es als selbstverständlich, daß Nachhypotheken an die Stelle der vorgehenden Pfandrechte rückten, falls diese getilgt wurden.[2]

Für das gemeine Recht hat dasselbe zu gelten. Es hat den römischen Grundsatz, daß ein Pfandrecht an eigener Sache nicht bestehen kann, und das römische System des Vorrückens der Nachhypotheken angenommen.

§ 4.

b) Deutsches Recht.

Auch das deutsche Recht kann für unsere Frage nur insofern von Bedeutung sein, als es mit seiner verschiedenartigen Behandlung des Pfandrechts an Liegenschaften und an Fahrnis auf die Ausgestaltung der Eigentümerhypothek zu ihrer jetzigen Gestalt einen fördernden Einfluß ausgeübt hat.[3]

Wichtig und wohl der Ursprung der Eigentümerhypothek im deutschen Recht ist das Institut des Rentenkaufs gewesen, das sich allmählich zu einem Darlehnsgeschäft entwickelte. Da aber im Gegensatz zum römischen Recht im deutschen Recht Realkreditgeschäfte über Grundstücke größtenteils den Zweck hatten, feste Kapitalanlagen zu schaffen, rechneten Gläubiger, welche nach anderen Realkredit gaben, nicht darauf, daß die vorstehenden Hypotheken getilgt würden und sie an deren Stelle vorrückten;[4] [5] vielmehr sollte für nacheingetragene Renten oder Realkreditbelastungen nur die „melioratio“ haften, d. h. der Mehrwert des

---

[1] Schauer S. 35 u. 41.
[2] Dernburg, Bürgerl. R. S. 642.
[3] Brunner S. 196/97.
[4] Dernburg, Bürgerl. R. S. 642.
[5] Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 638.

Grundstücks über den Betrag der voreingetragenen Posten hinaus. Darin lag für die Nachhypothekare jedoch ein gewisses Risiko und deshalb ließen sie sich häufig andere Vorteile versprechen. Wenn nun aber eine vorgehende Post getilgt wurde, so erhielten sie gleichwohl infolge des Grundsatzes des Vorrückens der Nachhypothekare einen neuen unerwarteten Vorteil auf Kosten des Grundeigentümers. Um dies zu verhindern, mußte ihnen das Recht auf Vorrücken entzogen werden. Dies konnte auf verschiedenen Wegen geschehen; so sind auch von den einzelnen Partikularrechten verschiedene Wege hierfür eingeschlagen worden.

So nahm das mecklenburgische Recht (auf Grund des Lübecker Rechts) das System der festen Stellen (Locusprinzip) an, indem es den Gläubiger dauernd auf die ihm bei der Eintragung zugeschriebene Stelle verwies. Die Möglichkeit des Vorrückens wurde ihm dadurch entzogen, selbst dann, wenn voreingetragene Posten gelöscht wurden. Solche frei werdende Stellen wurden vielmehr dem Grundeigentümer zu anderweitiger Verfügung überlassen.

Einen anderen Weg wählte das preußische Recht; es ließ den Grundeigentümer in die eingetragene und getilgte Post sukzedieren. Wurde aber die Post gelöscht, dann rückten die nacheingetragenen Gläubiger auf.

§ 5.

c) Preußisches Recht.

α) Allgemeines Landrecht.

Das preuß. allgem. Landrecht kannte die Eigentümerhypothek ursprünglich gar nicht.[1]) Erst später bestimmte das in einer streitigen Vormundschaftssache nachgesuchte, unter dem 11. 8. 1802 durch ein Königl. Reskript bestätigte Gutachten der Gesetzeskommission (als Anhang § 52 zu § 484 I, 16 ALR. eingeschaltet) folgendes:

„Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentum des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, solange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängige Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen anderen abtreten“.

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. S. 643.

Durch die Deklaration zu § 52 des Anhanges v. 3. 4. 1824 wurde nach eingeholtem Gutachten des Staatsrates weiter bestimmt:

„Daß der Eigentümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme auszahlt und die Forderung in dem Hypothekenbuch nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Zession oder eine Quittung erteilt worden ist, indem für diesen Fall die bloße Quittung so ausgelegt werden solle, als ob darin eine ausdrückliche Zession enthalten wäre".

§ 6.

β) Eigentumserwerbsgesetz von 1872.

Ähnliche Bestimmungen enthalten auch die §§ 63 ff. des preuß. Gesetzes über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten v. 5. 5. 1872. Danach hat der Eigentümer, welcher eine Hypothek oder Grundschuld bezahlt „oder auf andere Weise getilgt hat", das Recht, nach seiner Wahl Quittungs- oder Löschungsbewilligung oder Abtretung ohne Gewährleistung zu verlangen, und, wenn er eingetragen ist, die Post auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen. Das gleiche Recht gewährt das Gesetz (§§ 65, 66) dem Eigentümer, wenn er die Hypothek oder Grundschuld von Todes wegen, sowie dem Gläubiger, wenn er das verpfändete Grundstück erworben hat.

§ 7.

d) Die Entwürfe zum Bügerlichen Gesetzbuch.

Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch folgte im wesentlichen dem preußischen Recht; allerdings unterschied er schon zwei Arten der Eigentümerhypothek, je nachdem die Forderung nicht bestand, bezw. gleichzeitig mit der Vereinigung erlosch oder ungeachtet der Vereinigung fortbestand.

Der zweite Entwurf und hiernach das Bürgerliche Gesetzbuch gehen aber weit über den ersten Entwurf hinaus. Praktische Erwägungen erforderten eine größere Ausdehnung des Anwendungsgebiets der Eigentümerhypothek. „Der

Entwurf müsse", wie die Motive[1]) sagen, „die Eigentümerhypothek anerkennen, um einerseits das berechtigte Interesse des Realkredits in großen Gebieten des Reiches zu wahren und zu fördern, andererseits zu verhindern, daß den nachstehenden Berechtigten ein durchaus unberechtigter Vorteil aus der Vereinigung eines vorstehenden Rechtes mit dem Eigentum erwachse".

§ 8.

3. Ergebnis der bisherigen Ausführungen.

Aus dem geschichtlichen Überblick über die Fälle der Eigentümerhypothek geht hervor, daß das römische, gemeine und deutsche Recht bei der Frage, ob für die Entstehung einer Eigentümerhypothek das Vorhandensein der Einigung erforderlich sei, gar nicht in Betracht zu ziehen sind. Dagegen wird zu prüfen sein, zu welchem Resultat des preußische Recht in dieser Frage führt. Man könnte vielleicht sagen, der § 52 zu § 484 I, 16 ALR. greife hier Platz. Ich möchte jedoch zwei Fälle unterscheiden, je nachdem nämlich die Forderung entstanden ist — und also nur die Einigung fehlt — oder sowohl Einigung als Forderung nicht zur Entstehung gelangt sind.

4. Entscheidung der Streitfrage nach preußischem Recht.

§ 9.

a) Fehlen der Einigung und der Forderung.

§ 52 zu § 484 I, 16 ALR. soll — dafür spricht auch seine Entstehungsgeschichte — wohl nur in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen schon das römische Recht ein Eigentümerpfandrecht zuließ, nämlich bei Erwerb des verpfändeten Grundstücks durch den Gläubiger oder Erwerb der Forderung durch den Eigentümer des verpfändeten Grundstücks.[2]) Jedenfalls wird man, wenn eine Forderung nicht entstanden ist, von einer „Vereinigung des Eigentums an dem Hypothekenrecht mit dem Eigentum an dem verpflichteten Grundstück in einer Person" nicht sprechen

---

[1]) Mot. Bd. 3 S. 203.
[2]) Schollmeyer S. 7.

können. Denn damit eine Vereinigung zustande kommen kann, muß zunächst ein gültiges Hypothekenrecht vorhanden gewesen sein; das war aber schon deswegen nicht vorhanden, weil die Forderung, für welche es bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt ist. Nach allgem. Landrecht war nämlich die Hypothek in ihrer Entstehung von einer Forderung abhängig. Daraus folgt, daß die für eine nicht vorhandene oder sonst ungültige Verbindlichkeit bestellte Hypothek unwirksam ist (ALR. I, 20 §§ 11, 12, 512).[1] Deswegen ist auch eine „Vereinigung“ nicht möglich, deswegen kann auch in unserem Falle keine Eigentümerhypothek entstehen.

Auch nach dem Eigentumserwerbsgesetz von 1872 ist die Hypothek in ihrer Entstehung von einer Forderung abhängig.[2] Das Eigentumserwerbsgesetz gibt keine Definition des Hypothekenrechts. Daher ist das allgem. Landrecht (I, 20 §§ 1, 8) maßgebend geblieben. Auch verlangt § 19 EEG. Angabe des Schuldgrundes und Beibringung der Schuldurkunde. Zwar wollte der Regierungsentwurf zu diesem Gesetze die akzessorische Natur der Hypothek beseitigen, aber diese Absicht scheiterte an dem Widerstande des Herrenhauses.[3] Nach dem Eigentumserwerbsgesetz muß infolgedessen „die Eintragung der Hypothek mit Angabe des Schuldgrundes geschehen, die Hypothek ist wegen Ungültigkeit oder Mangel eines Schuldgrundes — wenn auch in beschränktem Maße — anfechtbar. Die Hypothek kann nur gemeinsam mit dem persönlichen Rechte abgetreten werden, und dem Grundstücksbesitzer wird die Verfügung über den bloßen locus versagt (§§ 19, 38, 52, 62—66)“. Das Reichsgericht hat sich dem Standpunkte des Obertribunals[4] angeschlossen, wonach die Forderung während der Vereinigung von Immobiliarpfandrecht und Eigentum nicht erloschen sei, sondern auf den Eigentümer übergehe und sich in ruhendem Zustande befinde. Es sieht also auch die Eigentümerhypothek als akzessorisch an. Dieser Auffassung der Hypothek als eines akzessorischen Rechtes verdanke, so meint das Reichsgericht, auch § 67 seine Entstehung. Er schließe die Anwendung der §§ 63—66 auf Kautionshypotheken aus, weil, „solange nicht die persönliche Forderung, für welche die Kaution bestellt worden, entstanden und ihrem Betrage nach festgestellt sei, es an einer Forderung fehle, welche der Grundstückseigentümer erwerben könne“. Daraus ergäbe sich, daß nach dem Eigentumserwerbsgesetz — abgesehen von den Fällen der §§ 65 u. 66 — die Hypothek des Eigentümers nur dann entstehen soll, wenn

[1] OTr. Bd. 77 S. 176.
[2] RG. Bd. 3 S. 266 ff.
[3] RG. Bd. 3 S. 268 ff.
[4] Plenarbeschluß v. 28. 5. 1839.

1. eine gültige Forderung, welche durch die Hypothek hat gesichert werden sollen, bestanden,

2. der Grundstückseigentümer diese Forderung bezahlt oder sonst getilgt und von dem bisherigen Hypothekengläubiger Zession oder Quittung oder Löschungsbewilligung erlangt hat.

Mit dieser Entscheidung kongruiert auch die Entscheidung des preußischen Obertribunals.[1]) „Die Konsequenz davon, daß die Hypothek zu ihrer Entstehung einer Forderung bedürfe, sei, daß die für eine nicht vorhandene oder sonst ungültige Verbindlichkeit bestellte Hypothek unwirksam ist, daß die Hypothek des Eigentümers nur in Verbindung mit der Hauptverbindlichkeit besteht und weiterübertragen werden kann, und daß daher . . . der Grundstückseigentümer eine mangels des Schuldgrundes unwirksame Hypothekenforderung weder durch angebliche Tilgung erwerben noch abtreten kann.[2])

Nun steht zwar die Theorie überwiegend[3]) auf dem Standpunkte, daß bei der Eigentümerhypothek in jedem Fall das persönliche Schuldverhältnis erloschen sei, doch kommt sie für den hier in Frage stehenden Fall, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, überhaupt nicht zur Entstehung gekommen ist, zu demselben Ergebnis wie die Praxis.

So sagt denn auch Dernburg,[4]) der auch von dem akzessorischen Charakter der Hypothek absieht, „es trete, selbst wenn die Post formal rechtsbeständig, aber noch materiell imperfekt wäre, indem z. B. auf eine Hypothek oder Grundschuld hin Valuta nicht gezahlt sei, und der Eigentümer infolgedessen durch Anfechtungsklage Löschungsbewilligung erzwungen habe, doch keine Sukzession ein“.

Aus all dem ergibt sich, daß sowohl nach allgem. Landrecht als auch nach dem preußischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872 die Entstehung einer Eigentümerhypothek zur Voraussetzung hat, daß die Hypothek, aus welcher die Eigentümerhypothek entstehen sollte, formell und materiell rechtswirksam gewesen ist, insbesondere für sie eine rechtsgültige persönliche Forderung bestanden hat.

§ 10.

b) Fehlen der Einigung allein.

Ist zwar eine gültige Forderung vorhanden, fehlt aber die Einigung, so ist die Rechtslage folgende:

---

[1]) Bd. 77 S. 164 ff.
[2]) vgl. v. Roth im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 62 S. 141, 143.
[3]) z. B. Koch S. 92.
[4]) Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 1884 S. 866 Anm. 10.

Durch die Eintragung der Hypothek ist dem Formalrecht genügt. Man muß aber den Standpunkt des Formalrechts und den des materiellen Rechtes unterscheiden. Nur aus einer formell und materiell rechtswirksamen Hypothek kann, wie unter a) nachgewiesen ist, eine Eigentümerhypothek entstehen. Nun hat aber das preußische Recht die Rechtsverhältnisse bezüglich der Hypothek nach ihrer materiellen Seite hin nicht eingehend geregelt. Ich möchte aber doch annehmen, daß für die Entstehung eines materiellen Gläubigerrechtes erste Bedingung ist, daß der Gläubiger das Recht erwerben will, mit der Begründung der Hypothek für ihn einverstanden ist. Will er sie gar nicht erwerben, hat er diesen Willen nicht durch Abschluß des dinglichen Vertrages zum Ausdruck gebracht, so ist die für ihn eingetragene Hypothek materiellrechtlich ohne Wirkung. Mithin ist gar kein Recht vorhanden, das bei Tilgung der Hypothekenforderung auf den Eigentümer übergehen könnte. Ebenso wie die Löschungsbewilligung des Gläubigers oder die Zession an den Eigentümer nicht die Wirkung haben, daß auf den Eigentümer ein gültiges Hypothekenrecht übertragen wird, wenn ein Hypothekenrecht der Eintragung ungeachtet infolge Nichtentstehens der Forderung nicht besteht (vgl. 4 a), so kann m. E. auch kein Recht zur Verfügung des Eigentümers gelangen, wenn die Hypothek in der Hand des Gläubigers infolge Fehlens der Einigung nicht zur Entstehung gelangt ist.

Dies hat sowohl nach dem allgem. Landrecht als nach dem Eigentumserwerbsgesetz zu gelten.

II. Entscheidung der Streitfrage nach dem Rechte des BGB.

§ 11.

1. Entstehung der Eigentümerhypothek trotz Fehlens der Forderung.

Praktische Erwägungen haben dazu geführt, der Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch ein weiteres Anwendungsgebiet als das durch die §§ 63—66 preuß. EEG. umgrenzte einzuräumen (vgl. §§ 1163 ff. BGB.). Insbesondere hat man von dem im preußischen Recht noch notwendigen Erfordernis, daß für die der Eigentümerhypothek zugrunde liegende Hypothek eine persönliche Forderung bestanden haben muß, abgesehen, und so sagt denn § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB.:

„Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu“.

Das Nichtvorhandensein einer Forderung ist also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kein Hindernis mehr, sondern im Gegenteil ein Grund für die Entstehung einer Eigentümerhypothek.

§ 12.

2. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt keine ausdrückliche Vorschrift über die zur Entstehung einer Eigentümerhypothek notwendigen Erfordernisse.

Die Frage, ob das Bürgerliche Gesetzbuch eine Eigentümerhypothek ohne Einigung entstehen lasse, ist namentlich für den Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 1 von Bedeutung. Die Hypothek ist eine dingliche Belastung des Grundstücks und unterliegt daher den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873 ff. BGB.). Danach ist zur Begründung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück, also auch zur Begründung einer Hypothek, Eintragung im Grundbuche und Einigung zwischen dem Berechtigten und dem anderen Teil über den Eintritt der Rechtsänderung erforderlich. Da aber der Eigentümer für einen anderen eine Hypothek ohne Einigung mit diesem eintragen lassen kann, fragt es sich, ob auch in diesem Falle eine Eigentümerhypothek entsteht, wenn jener andere die Hypothek nicht erwirbt, ob also § 1163 Abs. 1 Satz 1 die gültige Bestellung der Hypothek, insbesondere Einigung der Beteiligten verlangt.

Aus dem Wortlaut des § 1163 folgt das nicht. Wenn aber behauptet wird, dieses Erfordernis sei nicht aufgestellt, weil der Wortlaut des Gesetzes nur verlange, daß die Forderung nicht entstanden sei, dagegen nicht verlange, daß daneben auch die Hypothek gültig sei, so ist zu entgegnen, daß, wie Planck richtig bemerkt,[1]) das Gesetz gar nicht Gültigkeit der Hypothek verlangen kann, „denn das Nichtvorhandensein einer gültigen Gläubigerhypothek bildet für den Erwerb einer Eigentümerhypothek in den Fällen des Nichtbestehens der Forderung gerade eine Vorbedingung“. Wenn Planck fortfährt: „Das Gesetz führt diejenigen Umstände an, welche die Entstehung der Gläubigerhypothek hindern und trotzdem die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen lassen, und gibt dadurch zu erkennen, daß das Fehlen dieser zur Begründung des dinglichen Rechts erforderlichen Momente nur den Erwerb

---

[1]) Planck S. 553.

der Hypothek durch den Gläubiger, nicht ihren Übergang auf den Eigentümer hindern, daß aber alle übrigen Voraussetzungen der Entstehung des dinglichen Rechts auch für Entstehung der Eigentümerhypothek erforderlich sind", so stimme ich auch dieser Behauptung bei. § 1163 sagt nun aber nur: „Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu". Daß die Forderung nicht entstanden ist, kann aber wieder daran liegen, daß derjenige, für den die Hypothek bestellt ist, das vorhandene Darlehn nicht gewährt, oder daran, daß er es zu gewähren gar nicht versprochen und also auch keinen „dinglichen Vertrag" mit dem Eigentümer abgeschlossen hat.[1]) Es fragt sich also, ob das Gesetz zu denjenigen Umständen, welche die Entstehung der Gläubigerhypothek hindern und trotzdem die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen lassen, nur das Nichtentstehen der Forderung oder auch das Fehlen der Einigung rechnet. Das Gesetz würde wohl, wenn es beim Fehlen eines so wichtigen Momentes, wie es die Einigung ist, eine Eigentümerhypothek hätte entstehen lassen wollen, dies ausdrücklich ausgesprochen haben. Gleichwohl sei hiervon abgesehen und zugegeben, nach dem Wortlaut des Gesetzes könne zweifelhaft sein, ob das für Entstehung einer Hypothek erforderliche Vorhandensein der Einigung auch für Entstehung einer Eigentümerhypothek erforderlich ist, ob das Nichtentstehen der Forderung allein oder auch das Fehlen der Einigung kein Hindernis für die Entstehung der Eigentümerhypothek bilden soll. Eine positive Vorschrift, die die Einigung als Erfordernis ausdrücklich aufstellt, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nirgends zu finden. Dernburg hat recht, wenn er sagt, eine ausdrückliche Regelung des Falles fehle im Bürgerlichen Gesetzbuch. Aber auch eine entgegengesetzte Vorschrift ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht vorhanden. Allerdings verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch in einzelnen Fällen nicht Rechtsbeständigkeit des dinglichen Vertrages für Entstehung einer Eigentümerhypothek (z. B. §§ 1169, 1170). Daraus will Fuchs schließen,[2]) daß es auch in § 1163 Abs. 1 Satz 1 eine Einigung nicht erfordere. „Es habe um so weniger Sinn, einen rechtsbeständigen dinglichen Vertrag zu verlangen, als das Gesetz selbst die Eigentümerhypothek ohne Vertrag entstehen lasse." Diese Ausführungen sind m. E. nicht richtig. Das Gesetz läßt in den bezeichneten Fällen die Eigentümerhypothek zwar entstehen, trotzdem der Vertrag nicht rechtsbeständig ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß es eine Eigentümerhypothek auch entstehen lassen

---

[1]) So auch Fuchs S. 667.
[2]) Fuchs S. 667.

müsse, wenn überhaupt kein dinglicher Vertrag abgeschlossen worden ist. Ist z. B. der dingliche Vertrag infolge Betruges anfechtbar, so kann der Eigentümer auf Grund des § 1169 den Verzicht auf die Hypothek erzwingen und erwirbt dann diese als Eigentümerhypothek nach § 1168. Bei Fehlen des dinglichen Vertrages ist § 1169 m. E. nicht anwendbar, trotzdem das Fehlen dem Eigentümer auch eine Einrede geben würde, „durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird". Denn damit der Gläubiger auf die Hypothek verzichten könne, muß er sie zunächst haben. Haben aber kann er sie nur, wenn sie vorschriftsmäßig bestellt gewesen ist; da das nicht der Fall ist, ist eben § 1169 nicht anwendbar. Warum aber derselbe Erfolg, wie ihn § 1169 in Verb. mit § 1168 im Falle der Nichtrechtsbeständigkeit des dinglichen Vertrages herbeiführen kann, bei vollständigem Fehlen des dinglichen Vertrages doch eintreten sollte — nämlich auf Grund des § 1163 Abs. 1 Satz 1 —, ist nicht einzusehen. So bemerkt auch Eck (S. 299) mit Recht: „Der Gesetzgeber wollte nicht in Fällen, wo eine Hypothek von vornherein nichtig ist, diese als Eigentümerhypothek dem Grundeigentümer zufallen lassen". Einen solchen Fall glaubt anscheinend allerdings Kindel (S. 104) in § 1177 gefunden zu haben; er sagt, eine Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum liege auch dann vor, wenn die hypothekarischen Rechte infolge der Ungültigkeit der Hypothekenbestellung noch nicht aus dem Eigentum geschieden seien. § 1177 nehme aber in jedem Falle der Vereinigung die Existenz der Eigentümerhypothek an. Ich möchte doch bestreiten, daß man von einer Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum sprechen kann, wenn die Hypothek gar nicht gültig bestellt ist. Wenn eine Hypothek sich mit dem Eigentum vereinigen soll, so muß doch wohl zunächst eine „Hypothek" vorhanden sein; denn eine Vereinigung setzt voraus, daß zwei Dinge getrennt voneinander vorhanden sind, die sich vereinigen können. Ist aber die Hypothek nicht gültig bestellt, dann ist überhaupt keine Hypothek vorhanden, dann fehlt also die Voraussetzung für eine „Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum". Durch den Hinweis auf § 1177 hat Kindel also nicht den Beweis erbracht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Eigentümerhypothek ohne gültige Hypothekenbestellung, beispielsweise ohne Einigung, entstehen lasse. Allerdings gibt es Fälle, in denen zur Entstehung eines dinglichen Rechtes die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß er die Hypothek bezw. Grundschuld bestelle, genügt, ohne daß eine Einigung erfolgt ist. Dies sind aber Fälle, in denen eine Einigung unmöglich ist, weil der Gläubiger unbekannt ist oder überhaupt fehlt (z. B.

§§ 1188, 1195, 1196). Jedenfalls kann man aus diesen Ausnahmefällen nicht folgern wollen, daß für Entstehung einer Eigentümerhypothek eine Einigung hinsichtlich der Bestellung der zugrunde liegenden Hypothek nicht erforderlich sei.

Oberneck[1]) und auch Dernburg[2]) ziehen zum Vergleiche die Fälle der §§ 868, 932 ZPO. heran. So wie dort, wenn sich nach Eintragung der Zwangshypothek herausstellt, daß eine der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gefehlt hat und auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung als unzulässig erklärt wird, die Hypothek nicht etwa zugunsten nachstehender Realgläubiger gelöscht, sondern dem Eigentümer zugewiesen wird, so müßte in Fällen, in denen die Hypothek nicht rechtsbeständig sei, ebenfalls eine Eigentümerhypothek zur Entstehung gelangen. M. E. paßt dieser Vergleich wohl auf den Fall, daß die Hypothek trotz ihrer vorschriftsmäßigen Bestellung anfechtbar ist und der Gläubiger daher gemäß § 1169 BGB. zum Verzicht auf dieselbe gezwungen wird, nicht aber auch auf den Fall, daß eine vorschriftsmäßige Bestellung überhaupt nicht stattgefunden hat.[3])

§ 13.

3. Die Entscheidung der Frage hängt von der Auffassung des Wesens der Eigentümerhypothek ab.

Die bisherigen Erörterungen führen zu folgendem Resultat: Die Fälle der Eigentümerhypothek ergeben nicht ausdrücklich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch für Entstehung einer Eigentümerhypothek eine vorschriftsmäßige Bestellung der ihr zugrunde liegenden Hypothek, insbesondere eine Einigung der Beteiligten, nicht erfordere. Da aber andererseits auch keine positive Vorschrift vorhanden ist, die die Einigung als Erfordernis für Entstehung einer Eigentümerhypothek ausdrücklich aufstellt, muß untersucht werden, ob nicht etwa doch aus den zerstreuten Einzelbestimmungen über die Eigentümerhypothek folgt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch für die Eigentümerhypothek eine rechtswirksam bestellte, also durch Eintragung und Einigung zustande gekommene Hypothek voraussetzt.

Man hat dies daraus entnehmen wollen, daß ein Antrag, auch in dem Falle, wenn eine unwirksame Hypothek eingetragen

---

[1]) Oberneck bei Gruchot Bd. 47 S. 329.
[2]) Dernburg, Bürgerl. R. S. 648 Anm. 3.
[3]) vgl. auch Predari S. 225 Anm. 26.

und die Unwirksamkeit nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sei, dem Eigentümer das Recht zu geben, eine andere Hypothek an Stelle der unwirksamen eintragen zu lassen, von der 2. Kommission[1]) „als auf einer Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek beruhend und weil kein praktisches Bedürfnis vorliege, die Rechte des Eigentümers in dem vorgeschlagenen Maße zu erweitern", abgelehnt wurde. Dieser Antrag wurde aber als Überspannung des Prinzips deshalb angesehen,[2]) weil nach seiner Fassung auch „eine rein zufällige, etwa auf einem Versehen des Grundbuchbeamten beruhende Eintragung dem Eigentümer den Rang und Betrag der unwirksamen Hypothek den später eingetragenen Hypotheken gegenüber erhalten haben würde", nicht aber deshalb, weil bei Unwirksamkeit der Hypothekenbestellung wegen eines Mangels in der Willenseinigung der Beteiligten der Eigentümer gegen ein Vorrücken der Nachhypothekare durch jenen Antrag geschützt worden wäre. Vielmehr hat die Kommission diesen Schutz dem Eigentümer gerade zubilligen wollen, aber sie hat geglaubt, er sei ihm schon durch den bei Eintragung weiterer Hypotheken ihm zu Gebote stehenden Rangvorbehalt gewährt. Die Kommission hat aber übersehen, daß dieser Schutz nicht ausreichend ist, weil es vorkommen kann, daß der Eigentümer bei Eintragung neuer Hypotheken noch gar nicht weiß, daß die Bestellung einer voreingetragenen Hypothek unwirksam ist. Übrigens bemerkt Bruck (S. 169) ganz mit Recht, „über das Prinzip des Eigentümerpfandrechts sei bekanntlich die 2. Kommission auch nicht allzu klar gewesen. Es dürfte also auf die Ansicht, daß jener Antrag auf einer Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek beruhe und kein praktisches Bedürfnis vorliege, die Rechte des Eigentümers zu erweitern, nicht das ausschlaggebende Gewicht zu legen sein". Jedenfalls wird man auch m. E. aus der Ablehnung jenes Antrages mit der von den Protokollen angegebenen Begründung nicht, wie es das Kammergericht[3]) tut, schließen dürfen, daß nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches bei Unwirksamkeit der Hypothek die Nachhypothekare vorrücken sollen, eine Eigentümerhypothek nicht entstehen könne. Letzteres ergibt sich aber unzweifelhaft aus den weiteren Erwägungen, die das Kammergericht (a. a. O.) anstellt. Es heißt dort: „Nach § 1177 BGB. verwandelt sich die Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 603/04.
[2]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 665
[3]) KGJ. Bd. 27 A S. 130.

daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, in eine Grundschuld; jedoch bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend. Diese Vorschrift findet auf alle Fälle der Eigentümerhypothek, namentlich die des Nichtbestehens einer Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 1), der Nichtübergabe des Hypothekenbriefes an den Gläubiger (§ 1163 Abs. 2), des Verzichts des Gläubigers auf die Hypothek (§ 1168 Abs. 1), der Erlassung des Ausschlußurteils gegen den Gläubiger (§ 1170 Abs. 2) Anwendung und enthält sonach eine allgemeine Begriffsbestimmung der Eigentümerhypothek. Aus ihr erhellt aber, daß das Gesetz die Eigentümerhypothek als eine hypothekengleiche Belastung des Grundstücks auffaßt, die in ihren rechtlichen Wirkungen von der wirklichen Hypothek nur insoweit abweicht, als das Nichtbestehen einer Forderung und die Identität des Eigentümers mit dem Gläubiger es erfordern.

Danach muß angenommen werden, daß die Eigentümerhypothek ebenso wie die wirkliche Hypothek die gültige Bestellung der Hypothek zur Voraussetzung hat. Zur Begründung eines Hypothekenrechts für den Gläubiger ist aber gemäß § 873 die Einigung des Eigertümers mit dem Gläubiger über die hypothekarische Belastung des Grundstücks erforderlich. Es muß daher die Eintragung einer Hypothek auf Grund einer solchen Einigung erfolgt sein, wenn aus ihr gegebenenfalls eine Eigentümerhypothek entstehen soll".

Diesen Ausführungen möchte auch ich mich anschließen. Nun wird aber bestritten, daß Hypothek und Grundschuld, wenn sie dem Eigentümer zustehen, noch eine Belastung des Grundstücks, ein dingliches Recht darstellen. Man faßt sie im Gegenteil als Entlastung, als bloße Dispositionsbefugnis des Eigentümers, als Recht auf einen verselbständigten Wertteil des Grundstücks auf. Nach solchen Theorien muß naturgemäß eine Eigentümerhypothek schon dann entstehen, wenn nur die Verselbständigung der Dispositionsbefugnisse des Eigentümers, die Ausscheidung der Wertteile aus dem Eigentum durch einen „ordnungsmäßigen Formalakt", d. h. durch Eintragung im Grundbuche auf Grund gültiger Bewilligung des Eigentümers bewirkt worden ist. Daraus ergibt sich, daß man unsere Frage, ob eine Eigentümerhypothek ohne Einigung entstehen kann, nicht zu beantworten vermag, ohne vorher untersucht zu haben, welches die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist.

4. Die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek.

§ 14.

Einleitende Bemerkungen.

Die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches sind auf die Konstruktion der Eigentümerhypothek nicht eingegangen, haben diese vielmehr der Rechtswissenschaft überlassen[1]: „Die juristische Konstruktion der Eigentümerhypothek möge Schwierigkeiten bieten, indessen sei es nicht Aufgabe der Kommission, derartige wissenschaftliche Fragen zu entscheiden". Um so häufiger ist aber in der rechtswissenschaftlichen Literatur die Eigentümerhypothek Gegenstand der Erörterung gewesen, und zwar mit dem Erfolge, daß die verschiedensten Behauptungen über ihre rechtliche Natur aufgestellt worden sind. Im folgenden sollen die einzelnen Theorien einer Kritik unterzogen und die Ansicht des Verfassers dargetan werden.

a) Theorien, nach denen die Eigentümerhypothek lediglich Ausfluß des Eigentumsrechtes ist.

§ 15.

α) Begründung durch Goldschmidt, Hirsch, Kindel und andere.

Theorien, nach denen die Eigentümerhypothek nur Ausfluß des Eigentums ist, müssen zu der Annahme führen, daß für Entstehung einer Eigentümerhypothek zwar eine gültige Eintragung der Hypothek, aber nicht die Einigung notwendig sei.

Goldschmidt (S. 26) behauptet, „während die Hypothek ein Pfandrecht an einem Grundstück und folglich ein akzessorisches Recht sei, welches das Grundstück belaste, bringe die Eigentümerhypothek nicht etwa eine zugunsten des Eigentümers erfolgende Belastung, sondern gerade die durch deren Beseitigung herbeigeführte Entlastung des Grundstücks zum Ausdrucke.[2]) Wenn gleichwohl das Gesetz in seinem Streben nach Kürze die Eigentümerhypothek im § 1163 als ‚Hypothek' bezeichne, so könne darum doch nur der äußere Rahmen verstanden werden, in welchen die dingliche Belastung eingefügt worden wäre, falls die Forderung, für welche

---

[1]) Prot. S. 600.

[2]) Goldschmidt S. 29 ff.

die Hypothek bestellt sei, zur Entstehung gelangt sein würde. Da sie aber nicht entstanden sei, so sei auch eine Hypothek eben nicht entstanden und die Hypothek des § 1163 habe darum einen wesentlich anderen Rechtsinhalt. Die Hypothek des Eigentümers sei, wenn man den terminus technicus wörtlich nehme, die Quadratur des Zirkels: eine Hypothek, die keine Hypothek sei: weder eine Hypothek minus Forderung noch auch eine künftige Hypothek, die des Gläubigers harre, sondern das Gegenteil der Hypothek, obschon sie ihre äußere Hülle bewahrt habe. Sache des Eigentümers sei es, dieser durch die Eintragung geschaffenen Hülle den für sie bestimmten Rechtsinhalt durch Herstellung eines persönlichen oder dinglichen Schuld- oder Haftungsverhältnisses zwischen ihm und einem anderen zu geben. Solange jener Inhalt nicht vorhanden, bestehe die Funktion jenes Apparates lediglich in der Sichtbarmachung nach außen, daß der in ihm enthaltene Raum nicht etwa ein juristisches Vakuum, sondern mit einer aus dem Eigentum herrührenden Rechtssubstanz ausgefüllt sei. Wenn der Apparat einmal entstanden, so hindere ihn seine Natur nicht im mindesten, weiter zu existieren, auch wenn die causa efficiens, die ihn ins Leben gerufen habe, in Wegfall gekommen sei". Goldschmidt sieht es daher als eine vollständige Verkennung des Wesens der Eigentümerhypothek an, wenn man dem Passus in den Protokollen auf S. 4486 Beifall spendet, welcher im Gegensatz zu § 1163 die Eigentümerhypothek im Falle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit des dinglichen Vertrages überhaupt nicht zur Entstehung gelangen lassen will. Die Quelle „dieser von Dernburg mit Recht gerügten Inkonsequenz" sieht Goldschmidt in der „hypnotisierenden Wirkung des Kunstausdrucks Eigentümerhypothek".

Als formell verselbständigtes Eigentumsrecht faßt Colberg (S. 53) die Eigentümerhypothek auf: „Sie ist lediglich das durch Rechte nachstehender Realgläubiger nicht eingeschränkte und durch die Eintragung im Grundbuch formell verselbständigte Eigentumsrecht des Grundstückseigentümers".

Eine ähnliche Auffassung hat Hirsch (S. 252). Durch die Eigentümerhypothek gewinne der Eigentümer nicht etwas seinem Rechte Fremdes hinzu, sie begründe für ihn nicht Befugnisse, die das Eigentum nicht enthalte; sie mache vielmehr eine im Eigentum begründete Befugnis, die Surrogationsbefugnis, im Grundbuch nur besonders offenkundig. Auf die Eintragung im Grundbuch gründe sich die Natur der Eigentümerhypothek als ein selbständiges Recht.

Auch nach v. Schwinds (S. 119) Ansicht stellt sich die Eigentümerhypothek nur als Betätigung des Grundstückseigen-

tumes dar, als „Dispositionsrecht“, „da sich das Recht des Eigentümerhypothekars darauf beschränke, das Kapital (ohne Zinsen) zu liquidieren, wenn von anderer Seite der Zwangsverkauf durchgeführt würde, die Zinsen zu verlangen, wenn andere die Zwangsverwaltung durchführen, und über die Hypothek zu disponieren, d. h. durch Einräumung der Gläubigerrechte an einen Fremden, bezw. durch Trennung derselben vom Eigentum eine vollwirksame Hypothek oder Grundschuld ins Leben zu rufen“.

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Kindel (S. 79). Nach seiner Auffassung „sondert der Eigentümer, welcher eine Hypothek bestellt, aus der Fülle seines Eigentums ein beschränktes Verkaufsrecht ab, indem er sich das Verkaufsrecht nur so weit vorbehält, als es dem Hypothekengläubiger unschädlich ist. Indem er das ausgeschiedene Verkaufsrecht mit einer Forderung verbindet und sich verpflichtet, seine Ausübung zu dulden, konstituiert er die Hypothek. Bei Aufhebung der Hypothek tritt das Verkaufsrecht in das Eigentum zurück. Solche in das Eigentum zurückkehrenden Rechte würden nun durch die Eintragung besonders kenntlich gemacht und auf die Dauer gegen das Vorrücken der nacheingetragenen Gläubiger geschützt. Diese Wirkung könne die Eintragung aber auch dann haben, wenn die bestellte Hypothek ungültig sei. Dem Eigentümer würden die zur Bildung einer wirklichen Hypothek notwendigen Befugnisse gegenüber den nacheingetragenen Gläubigern vorbehalten. Hiernach ist, so sagt Kindel, „die Eigentümerhypothek die Summe der Befugnisse, welche aus einer aufgehobenen aber nicht gelöschten Hypothek in das Eigentum zurückgekehrt sind, aus einer eingetragenen aber nicht gültigen Hypothek beim Eigentum zurückgeblieben sind und dem Eigentümer gegen die nacheingetragenen Gläubiger durch die Eintragung erhalten werden“.

Schließlich sei noch eine auf dem Grundsatz der „Offenhaltung der Stelle“ beruhende Meinung angeführt. Nach Endemann (S. 738) ist „die sogen. Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches ihrer materiellrechtlichen Natur nach weder eine Hypothek noch eine Grundschuld, sondern das Eigentumsrecht in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechtes gegenüber den der offenen Stelle im Rang nachstehenden Grundpfandrechten. Demnach handele es sich inhaltlich überhaupt nicht um eine Belastung“. Zu einer ähnlichen Begriffsbestimmung kommt Güthe (S. 1628, 1576) auf Grund seiner sogen. Theorie der „Rangsäule“. Nach ihr ist die Eigentümerhypothek „das Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Hypotheken- oder Grundschuldrangstelle“.

§ 16.

β) Folgerung für unsere Frage.

Die hier angeführten Auffassungen von dem Wesen der Eigentümerhypothek — mit Ausnahme der zuletzt erwähnten — ergeben, daß eine Eigentümerhypothek schon dann entsteht, wenn nur eine rechtsgültige Eintragung einer Hypothek erfolgt ist; denn schon dadurch wird „das Eigentumsrecht in seiner besonders ausgeprägten Gestalt als Ausschließungsrecht verselbständigt, besonders kenntlich gemacht“. Dazu bedarf es freilich einer Einigung nicht. Dann wäre es auch möglich, daß der Eigentümer für einen anderen eine Hypothek eintragen ließe, nur um sich dadurch eine Eigentümerhypothek zu verschaffen. Das würde aber eine Unredlichkeit gegenüber Gläubigern sein, für die etwa später eine Hypothek an dem Grundstück bestellt wird.[1] Sie haben zwar keinen Anspruch darauf, besser gestellt zu werden, als dies durch die Eintragung im Grundbuch geschieht, und wissen, daß bei einer eventuellen Zwangsversteigerung ihnen die voreingetragenen Posten vorgehen, aber es wird ihnen verheimlicht, daß der Grundstückseigentümer unter dem Deckmantel der für einen anderen eineingetragenen Hypothek einen Teil des Zwangsversteigerungserlöses sich selbst gesichert hat. Bei der Eigentümergrundschuld kommt ihm ja auch ein Teil des Zwangsversteigerungserlöses zu, aber dort ist dies doch den später einzutragenden Hypothekengläubigern ersichtlich. Eine Handhabe zu solchen unredlichen Zwecken hat das Gesetz im § 1163 sicherlich nicht bieten wollen. Und es hat dies auch tatsächlich nicht getan, denn m. E. kann man die obigen Theorien als richtig nicht anerkennen.

§ 17.

γ) Widerlegung dieser Theorien.

Es handelt sich bei der Eigentümerhypothek um ein Recht, dessen Wirkungen sich nicht in dem Eigentum erschöpfen.[2] Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 1177, wonach sich die Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, in eine Grundschuld verwandelt, und

---

[1] vgl. RG. Bd. 70 S. 356 ff.

[2] vgl. Anforge § 26.

wonach sich, wenn dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, seine Rechte aus der Hypothek während der Vereinigung nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften bestimmen. Also eine Grundschuld oder Hypothek hat der Eigentümer in diesem Falle, nicht nur ein „Eigentumsrecht" in besonders ausgeprägter und verselbständigter Gestalt. Dies ergibt sich auch aus der Zulässigkeit der Pfändung einer Eigentümerhypothek[1]) sowie aus dem Umstand, daß die Eigentümerhypothek durch bloße Abtretung seitens des Eigentümers zur gewöhnlichen Gläubigerhypothek bezw. Gläubigergrundschuld wird, und daß der Eigentümer sie auch bei Veräußerung des Grundstücks sich einfach zurückbehalten kann. Ja sogar wenn er das Grundstück ohne jede Bestimmung über seine Eigentümerhypothek veräußert, verbleibt sie ihm, „denn sie ist ja ein zweites vom Grundeigentum verschiedenes Recht".[2]) Handelte es sich bei der Eigentümerhypothek lediglich um „Eigentumsbefugnisse", dann müßten diese, trotz ihrer formalen Selbständigkeit, da sie doch materiell zu dem Eigentum am Grundstücke gehören, auf den Erwerber des Grundstücks übergehen. Dies ist aber, wie eben erwähnt, nach der herrschenden Ansicht nicht der Fall.[3]) Vielmehr bleiben sie bei dem Veräußerer, der nunmehr, je nachdem ihm während der Zeit der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in seiner Hand auch die Forderung zugestanden hat oder nicht, eine gewöhnliche Hypothek oder eine Grundschuld hat.

Alle diese Vorgänge lassen sich nur erklären, wenn man die Eigentümerhypothek als ein besonderes, neben dem Eigentum bestehendes Recht auffaßt. Wie wäre es z. B. möglich, daß aus bloßen Eigentumsbefugnissen infolge Veräußerung des Grundstücks eine Hypothek oder Grundschuld entstehen könnte. Schließlich spricht auch gegen die hier bekämpfte Auffassung von dem Wesen der Eigentümerhypothek die Berücksichtigung des Eigentümerhypothekars bei der von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung. Er wird nämlich mit seiner Eigentümerhypothek an derselben Stelle berücksichtigt, an der der wahre Hypothekengläubiger berücksichtigt worden wäre.[4]) Es fragt sich nun, ob er den auf ihn entfallenden Teil des Zwangsversteigerungserlöses als Gläubiger oder als Eigentümer erhält. Die Protokolle nehmen das letztere an.[5]) So heißt es dort: „Was der Eigentümer aus seinem eigenen Grundstück bei

---

[1]) vgl. RG. Bd. 52 S. 338. -
[2]) Eck S. 307.
[3]) vgl. darüber Hirsch S. 251 ff.
[4]) vgl. Anforge § 10.
[5]) Prot. Bd. 3 S. 723.

der Zwangsversteigerung erhalte, das erhalte er nicht als Befriedigung, weil ihm nicht etwas geleistet werde, was bisher außerhalb seines Vermögens war, sondern weil lediglich ein Bestandteil seines Vermögens in Geld umgesetzt werde". Dieser Auffassung muß man sich anschließen, wenn man die Eigentümerhypothek lediglich als „Eigentumsrecht" ansieht. Sie läßt sich aber m. E. nur vom Standpunkte der sogen. Wertparzellentheorie aus rechtfertigen. Da nach dieser Theorie die Hypothek dauernd auf die im Grundbuch bezeichnete Stelle verwiesen ist, müssen ihr vorgehende freiwerdende Stellen der Verfügung des Eigentümers anheimfallen, und dann könnte man sagen, den bei einer von einem Dritten der freigewordenen Stelle nachstehenden Hypothekengläubiger betriebenen Zwangsversteigerung auf ihn entfallenden Teil des Zwangsversteigerungserlöses erhalte der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechtes. Da aber im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht die Wertparzellentheorie, sondern (worauf noch später zurückzukommen sein wird) das Dogma der Pfandunteilbarkeit anerkannt ist, müßte der Eigentümer, weil die begrenzten Rechte „das Eigentum an die letzte Stelle drängen und bewirken, daß der Eigentümer nur den Überschuß erhält",[1] erst hinter allen an seinem Grundstück haftenden Pfandrechten berücksichtigt werden. Dies ist aber nicht der Fall, und daraus erhellt wiederum, daß[2] „der Eigentümer in die Reihe der Realberechtigten eintritt, um als Eigentümerhypothekar die nachstehenden Realberechtigten von der ihm gebührenden Wertquote zurückhalten zu können", daß die Eigentümerhypothek ein zweites, vom Grundeigentum verschiedenes, dingliches Recht an dem Grundstück, nicht „eine bloße Dispositionsbefugnis", nicht ein „verselbständigtes Eigentumsrecht" ist.

Durch die obigen Ausführungen glaube ich die Unhaltbarkeit der bisher angeführten Theorien von der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek zur Genüge nachgewiesen zu haben. Wären diese Theorien richtig, dann müßte man allerdings zugeben, daß eine Eigentümerhypothek schon durch die rechtsgültige Eintragung ohne Einigung entstehen könne. Da sie aber m. E. unhaltbar sind, ist auch die Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek ohne Einigung auf diesem Wege nicht zu beweisen.

Bezüglich der von Güthe vertretenen Ansicht — der übrigens den Grundsatz der „Offenhaltung der Stelle", nicht aber die Wertteilstheorie als richtig anerkennt — möchte ich folgendes bemerken: Trotzdem Güthe Gegner aller Theorien ist, die die

[1]) Fuchs S. 141.
[2]) Fuchs S. 520.

Eigentümerhypothek als eine echte Belastung auffassen, verlangt er doch für Entstehung einer Eigentümerhypothek das Vorhandensein „einer wirklichen, nicht bloß buchmäßigen dinglichen Belastung",[1] also auch das Vorhandensein der Einigung. Zu diesem Resultat kommt er auf Grund seiner „Theorie der Rangsäule". Ohne auf dieselbe einzugehen, will ich nur auf folgenden Widerspruch aufmerksam machen: Güthe behauptet, die Eigentümerhypothek sei keine echte Belastung des Grundstücks;[2] an anderer Stelle aber[3] — wo er das Wesen der Hypothek als eines nicht akzessorischen Rechtes begründet — sagt er wörtlich: „Ist die Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so bleibt doch das dingliche Recht in Kraft, es steht nur nicht dem Gläubiger, sondern dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1 Satz 1)". Den Widerspruch in diesen Behauptungen Güthes über die Rechtsnatur der Eigentümerhypothek wollte ich hier nur feststellen. Im übrigen verweise ich auf meine Ausführungen in den §§ 17 und 22.

§ 18.

b) Wertparzellentheorie.

α) Begründung durch Oberneck.

Auf Grund der von ihm vertretenen sogen. Wertparzellentheorie und des Systems des festen Ranges sucht Oberneck, und in ähnlicher Weise anscheinend auch Bruck, den Beweis dafür zu erbringen, daß aus der Eintragung einer Hypothek trotz Mangels einer Einigung eine Eigentümerhypothek entstehen könne.

Oberneck geht von folgenden schon oben im § 4 erwähnten Gedanken aus: Im deutschen Recht hatten Realkreditgeschäfte größtenteils den Zweck, feste Kapitalanlagen zu schaffen. Es veränderte sich die Denkweise derer, die nach eingetragenen Hypotheken Realkredit gaben. Sie rechneten nicht mehr darauf, daß vorstehende Hypotheken getilgt würden und sie an deren Stelle rückten, sondern sie vertrauten allein auf die ihnen haftende melioratio. Da sie dadurch aber immerhin ein gewisses Risiko übernahmen und sich infolgedessen häufig andere Vorteile, z. B. höhere Zinsen versprechen ließen, erwarben sie einen unerwarteten und beim Abschluß des Geschäftes nicht in Betracht gezogenen Vorteil, wenn doch einmal vorstehende Posten getilgt wurden. Denn das gemeine

---

[1]) Güthe S. 510.
[2]) Güthe S. 1576.
[3]) Güthe S. 1627.

Recht hatte das System des Vorrückens der Nachhypothekare bei Wegfall einer vorstehenden Post beibehalten. Darin trat für das preußische Recht insofern eine Änderung ein, als nacheingetragene Posten in der Regel nur vorrückten, wenn voreingetragene gelöscht wurden, dagegen falls dies nicht geschah, die voreingetragenen Posten der Verfügungsmacht des Grundeigentümers anheimfielen. Doch hat man grundsätzlich nicht das Dogma vom Vorrücken der Nachhypothekare aufgegeben, sondern es ausdrücklich im § 62 EEG. von 1872 anerkannt und [1] „damit den deutschrechtlichen Gedanken der Beschränkung der Haftung des Grundstücks auf einen bestimmten Wertteil desselben verworfen“. Nach Oberneck's Ansicht hat in dieser Beziehung die 2. Kommission für das Bürgerliche Gesetzbuch eine völlige Umwälzung gebracht. „In seinen sehr zerstreuten Einzelbestimmungen über die Eigentümerhypothek und in deren materiellem Inhalt zeige sich das System des festen Ranges im Sinne der deutschrechtlichen Satzung auf die Besserung. Durch dieses System des festen Ranges, das das Vorrücken der Nachhypothekare unbedingt ausschließe, werde aber das unüberwindlich scheinende Dogma, daß die Hypothek das ganze Grundstück ergreife, erschüttert, und so gelange man zu der Theorie der Wertteile oder der sogen. Wertparzellentheorie [2] sowie zur Feststellung des Begriffes der Eigentümerhypothek. Die Wertteilstheorie führe zu folgender Definition [3]: „Die Eigentümerhypothek ist das Recht des Eigentümers auf den in der Form einer Grundkreditbelastung verselbständigten, durch eine bestimmte Geldsumme bezeichneten Wert oder Wertteil seines Grundstücks, soweit er noch nicht oder nicht mehr dem eingetragenen Dritten oder einem sonstigen Berechtigten zustehe“, oder [4]: „Die Eigentümerhypothek ist nichts anderes als die aus dem Eigentumsrecht fließende Befugnis des Eigentümers, über den zugunsten eines anderen ausgeschiedenen und kraft Gesetzes ihm wieder anheimgefallenen Wertteil seines Grundstückes zu verfügen“.

In ähnlicher Weise bestimmt Bruck den Begriff der Eigentümerhypothek: „Das Recht des Eigentümers auf den von einer Belastung freigewordenen Wertteil des Grundstücks ist die Manifestation seines Eigentums“. Die Eigentümerhypothek sei daher „nichts weiter als das von einer Belastung befreite Eigentum, die Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils eines Grundstücks, der gehaftet hatte“.[5]

[1] Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 643.
[2] Oberneck, Hypothekenrecht S. 41.
[3] Oberneck, Grundbuchrecht S. 652.
[4] Oberneck, Hypothekenrecht S. 43.
[5] Bruck S. 133, 154.

§ 19.

β) Folgerung für unsere Frage.

Oberneck behauptet nun seiner Auffassung gemäß, daß eine Eigentümerhypothek schon dann entstehe, wenn die „Verselbständigung, die Ausscheidung des Wertteils des Grundstücks“[1]) durch einen ordnungsmäßigen Formalakt, d. h. durch eine rechtsgültige Eintragung erfolgt sei. Er argumentiert folgendermaßen: Ist auf einem Grundstück eine Hypothek eingetragen und erfolgt dann noch die Eintragung einer zweiten Hypothek, so wird der letzteren als Haftungsobjekt eine bestimmte Wertparzelle angewiesen, die natürlich der der ersten Hypothek angewiesenen Wertparzelle im Range nachsteht. Ergibt sich, daß die erste Hypothek wegen Fehlens oder eines Mangels der dinglichen Einigung unwirksam ist, so kann doch die zweite Hypothek nicht nachrücken, sondern sie ist dauernd an die ihr durch die Eintragung zugewiesene Wertparzelle gebunden. Der freiwerdende Wertteil fällt daher dem Eigentümer anheim,[2]) er erhält das aus seinen Eigentumsbefugnissen hervorgehende Verwertungsrecht hinsichtlich der in der Hypothek sich repräsentierenden Wertquote zurück. Aber auch wenn bei Eintragung der zweiten Hypothek schon gewiß ist, daß wegen Fehlens der Einigung der Gläubiger, zu dessen Gunsten die erste Hypothek eingetragen ist, dieselbe nicht erworben hat und auch nicht mehr (durch etwa nachfolgende Einigung) erwerben wird, so wird der zweiten Hypothek nun doch nicht der für die erste bestimmt gewesene Wertteil zugewiesen, sondern dieser verbleibt wiederum dem Eigentümer, da er durch die Eintragung aus dem Grundstück ausgeschieden und verselbständigt ist.

§ 20.

γ) Widerlegung der Wertparzellentheorie.

Oberneck geht m. E. von falschen Voraussetzungen aus; denn daß das Bürgerliche Gesetzbuch das System der festen Stellen angenommen habe, daß das System der Offenhaltung der Stellen (Locustheorie) in der Form der Eigentümerhypothek enthalten sei, daß die Wertparzellentheorie gelte, läßt sich aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht nachweisen. Wenn auch das

---

[1]) Oberneck bei Gruchot Bd. 47 S. 327.

[2]) Oberneck, Grundbuchrecht S. 659.

Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich, wie es das preußische Recht im § 30 EEG. von 1872 getan, ausgesprochen hat, daß das ganze Grundstück haftet, so ergibt sich dies doch, wie Dernburg[1]) bemerkt, daraus, daß Hypothek und Grundschuld in den §§ 1113, 1191 als Belastungen des Grundstücks und damit offenbar des ganzen Grundstücks bezeichnet sind. Auf diesem Standpunkt steht auch das Reichsgericht,[2]) ferner Predari (S. 218). Mit Recht führt auch Fuchs (S. 522), der allerdings zugibt, die Wertparzellentheorie sei faktisch im Bürgerlichen Gesetzbuch vorhanden, wenn auch nicht rechtlich anerkannt, für Ablehnung der Parzellentheorie den Umstand an, daß die 2. Kommission den § 1102 des 1. Entw., wonach an die Stelle einer erloschenen Hypothek eine andere nicht sollte eingetragen werden können, als „selbstverständliche Konsequenz"[3]) von dem Grundsatze des Aufrückens der Nachhypothekare gestrichen und diesen Grundsatz auch durch das Verbot des Einrückens des Eigentümers in eine ungültige Post anerkannt habe.[4]) Wenn Oberneck im § 1114, der von der Belastung eines ideellen Grundstücksanteiles handelt, also zum Ausdrucke bringt, daß nicht das ganze Grundstück seinem Werte nach verpfändet sei, einen Beweis für die Parzellentheorie sieht, so meine ich, daß dieser Paragraph gerade gegen die Wertparzellentheorie spricht. Denn dadurch, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Belastung eines Bruchteils eines Grundstücks nur zuläßt, wenn er in dem Anteile eines Miteigentümers besteht, bringt es zum Ausdrucke, daß in allen anderen Fällen das ganze Grundstück belastet werde.

M. E. ist also im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht die Wertparzellentheorie anerkannt, sondern das sogen. Dogma von der Pfandunteilbarkeit. D. h. aber, daß die Hypotheken nicht dauernd an dieselbe Stelle gebunden sein müssen, sondern daß sie vielmehr aufrücken, wenn eine vorhergehende Hypothek wegfällt und das Gesetz nicht in diesem Falle eine Eigentümerhypothek entstehen läßt. Allerdings muß man zugeben, daß das Gesetz die Regel des Aufrückens der Nachhypothekare infolge des Instituts der Eigentümerhypothek durch viele Ausnahmen durchbrochen hat. Daß das Gesetz eine Eigentümerhypothek ohne Einigung entstehen lasse, würde man zwar annehmen können, wenn man der Wertparzellentheorie folgt. Wenn man sie aber verwirft, kann man allein die Eintragung einer Hypothek ohne Einigung nicht als ausreichende Grundlage für Entstehung einer

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 617/18.
[2]) RG. Bd. 60 S. 254.
[3]) Prot. S. 641.
[4]) Prot. S. 603 ff.

Eigentümerhypothek ansehen. Denn dann kann man weder in der gültigen Bestellung noch viel weniger in der bloßen Eintragung einer Hypothek die Ausscheidung eines Wertteiles eines Grundstückes erblicken. Ist aber kein „Wertteil ausgeschieden", dann kann er auch dem Eigentümer nicht „wieder anheimfallen".

Nach der Bruckschen Definition kann man übrigens die Entstehung einer Eigentümerhypothek ohne Einigung schon deshalb nicht annehmen, weil er die Eigentümerhypothek definiert als „Zurückgewinnung eines ideellen Wertteils des Grundstücks, der gehaftet hatte". Gehaftet haben aber kann ein Wertteil doch nicht, ohne daß eine Einigung zustande gekommen ist.

Schließlich sei noch zum Beweise dafür, daß die Eigentümerhypothek nicht „nichts weiter als Eigentum, aus dem Eigentumsrecht fließende Befugnis" ist, auf die Ausführungen auf S. 20 ff. hingewiesen.

§ 21.

c) Gierkesche Theorie.

Eine zwischen den beiden sich schroff gegenüberstehenden Theorien vom Wesen der Eigentümerhypothek — lediglich Eigentumsrecht einerseits, besonderes dingliches Recht andererseits — vermittelnde Ansicht vertritt Gierke (S. 922). Er unterscheidet die subjektive und objektive Seite des Rechtsverhältnisses. „Das Eigentümerpfandrecht sei seinem subjektiven Bestande nach lediglich Eigentumsbestandteil, aber seinem objektiven Bestande nach in Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechtes verselbständigt. Es gewähre dem Eigentümer keine Sachherrschaft, die nicht im Eigentum enthalten wäre, besage also nicht, daß eine bestimmte Beschränkung des Eigentums bestehe, sondern daß eine bestimmte Beschränkung des Eigentums nicht bestehe." Hinsichtlich der objektiven Seite meint er, „der Eigentümer habe einen abgesonderten Teil seines Grundvermögens in Pfandrechtsgestalt inne, er könne über diesen Teil in Form der Pfandrechtsübertragung verfügen, während eine Verfügung über das Grundstückseigentum sich auf diesen Teil nicht erstrecke". Einen ähnlichen Standpunkt scheint auch Puntschart zu vertreten.[1])

Zur Widerlegung dieser Ansichten möchte ich auf Horn (S. 67) und wieder auf meine obigen Ausführungen (S. 20—22) hinweisen. Wie sich aus denselben ergibt, kann der Eigentümer mit dem Eigentum allein gegen die nachfolgenden Realberechtigten gar

---

[1]) Puntschart in Festschrift für Carl von Amira S. 103 ff.

nichts ausrichten. Dazu bedarf er eines zweiten, neben seinem Eigentum bestehenden, besonderen dinglichen Rechtes, das ihm eben in der Eigentümerhypothek gegeben ist.

§ 22.

d) Die Eigentümerhypothek ist ein dingliches Recht.

Vielfach wird auch heute noch bezweifelt, daß der Eigentümer außer seinem Eigentum noch ein zweites begrenztes dingliches Recht an seiner eigenen Sache haben könne. Und doch haben schon die Römer, wenn auch in ganz vereinzelten Fällen, ein Pfandrecht an eigener Sache zugelassen (vgl. oben S. 3 4). So sagt auch Hartmann[1]: „nulli res sua servit" sei eine bloße regula iuris, nicht ein wirklicher absoluter Rechtssatz, und S. 97: „Auch der römische Eigentumsbegriff ist von den klassischen Juristen so aufgefaßt worden, daß eine Erweiterung des Machtinhalts an unserer eigenen Sache mittels eines anderen hinzutretenden Rechtes vollkommen denkbar erscheint". Für das Bürgerliche Gesetzbuch ergibt sich die Möglichkeit des Bestehens beschränkter dinglicher Rechte an eigener Sache ohne Zweifel aus § 889, der ausdrücklich bestimmt, daß ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch erlöschen soll, daß der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Übrigens hat Fuchs (S. 114) nachgewiesen, daß das Pfandrecht an eigener Sache in Wahrheit gegen Dritte, nicht gegen den Eigentümer selbst gerichtet sei. „Denn die begrenzten dinglichen Rechte gehen bei der von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung dem Eigentümer vor. Erwerbe nun der Eigentümer ein begrenztes Recht, so erwerbe er damit die Befugnis, die diesem Recht nachstehenden Berechtigten, die ihn an sich von dem Werterlöse des Grundstücks ausschließen würden, zurückzudrängen. Er erwerbe in Wahrheit also ein Recht gegen Dritte, nicht gegen sich selbst. Die Eigentümerhypothek sei darum nicht ein Recht des Eigentümers gegen sich, sondern wie alle subjektiven Rechte ein Recht gegen andere Personen." Jedenfalls folgt schon aus § 889 BGB., daß der gegen die Auffassung der Eigentümerhypothek als eines dinglichen Rechtes erhobene Einwand, beschränkte dingliche Rechte könnten an eigener Sache nicht bestehen, nicht begründet ist. Ja das Bürgerliche Gesetzbuch mußte solche dinglichen Rechte sogar dem Eigentümer in vielen

---

[1]) Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 93.

Fällen geben, um ihn gegen das Vorrücken nachstehender Realberechtigter zu schützen, weil dieselben sonst einen unberechtigten Vorteil erlangt hätten, der Eigentümer dagegen in seinem Realkredit beeinträchtigt worden wäre. Mit Recht bemerken daher die Motive[1]: „Der oft gehörte Einwurf gegen die Eigentümerhypothek, der Eigentümer könne ein besonderes Recht an der Sache nicht haben, weil das Eigentum bereits alle mit den begrenzten Rechten verbundenen Vorteile gewähre, ist nicht zutreffend". Ich erinnere nur daran, daß der Eigentümer bei der von einem Dritten betriebenen Zwangsvollstreckung nicht kraft seines Eigentums, sondern wegen seines dinglichen Rechtes berücksichtigt wird, dieses Recht ihm also Vorteile gewährt, die das Eigentum nicht gewährt.

So faßt denn wohl auch die Mehrzahl oder doch wenigstens eine große Anzahl von Rechtsgelehrten die Eigentümerhypothek als ein neben dem Eigentum bestehendes dingliches Recht an dem Grundstücke auf. Ob die Ansichten auch auseinandergehen bei der Frage, welcher Art denn dieses dingliche Recht sei, ob man die Eigentümerhypothek als „unvollkommene Hypothek, die erst der Vollendung durch Hinzutritt der aktiven Seite des Rechtes harrt", auffaßt,[2] ob man sie — je nachdem die Forderung auf den Eigentümer mit übergegangen ist oder nicht — als wahre Hypothek oder wahre Grundschuld ansieht,[3] das ist für uns vorläufig gleichgültig. So viel steht jedenfalls fest: Ein Recht, das in Pfandrechtsgestalt zu dem Vermögen des Eigentümers gehört, das als vollwirksame Hypothek oder Grundschuld an Dritte abgetreten, vom Eigentümer bei Veräußerung des Grundstücks als von nun an vollwirksame Hypothek oder Grundschuld zurückbehalten werden kann, dem Veräußerer sogar auch dann verbleibt, wenn keine besondere Bestimmung darüber getroffen worden ist, das bei einer von einem Dritten betriebenen Zwangsvollstreckung in das geringste Gebot aufgenommen, bei Verteilung des Erlöses wie jede andere Hypothek berücksichtigt wird, ein solches Recht kann unmöglich bloße Eigentumsbefugnis sein; die Eigentümerhypothek muß vielmehr ein zweites, vom Eigentum verschiedenes, dingliches Recht, eine hypothekengleiche Belastung des Grundstücks sein. Wenn man

[1]) Mot. Bd. 3 S. 205.
[2]) Hachenburg, Böhm.
[3]) Dernburg, Planck, Fuchs, Kober.

dies bestreitet aus dem Grunde, weil ihr gerade die wichtigste Befugnis fehle, die ein Hypothekenrecht gewähre, nämlich die Befugnis, die Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Befriedigung zu betreiben, so ist darauf zu entgegnen, daß dies in der Vereinigung von Hypothekenrecht und Eigentum begründet ist, die eben in mancher Beziehung den Eigentümer hindert, seine Gläubigerrechte in vollem Umfange geltend zu machen.[1]) Der Ausschluß des Eigentümers von der Betreibung der Zwangsvollstreckung in sein eigenes Grundstück ist durch den Umstand gerechtfertigt, daß niemand ein Recht gegen sich selbst geltend machen kann. Die vollen Rechtswirkungen des Hypothekenrechts des Eigentümers sind eben während der Vereinigung von Hypothekenrecht und Eigentum in einer Hand suspendiert; sie können nur so weit zur Geltung gebracht werden, als sie dem Eigentümer Schutz gegen die nachfolgenden Realberechtigten gewähren. Daß man deswegen aber den Charakter der Eigentümerhypothek als eines dinglichen Rechtes, einer Belastung des Grundstücks bestreiten will, ist m. E. nicht gerechtfertigt, zumal jener Charakter bei der von einem Dritten betriebenen Zwangsversteigerung klar und deutlich hervortritt.

§ 23.

5. Die Eigentümerhypothek setzt als dingliches Recht eine gemäß § 873 gültig bestellte Hypothek, also insbesondere auch eine Einigung der Beteiligten voraus.

Ist, wie eben nachgewiesen, die Eigentümerhypothek eine hypothekengleiche Belastung des Grundstücks, dann kann sie nur durch Einigung und Eintragung zustande kommen. Allerdings hat das Gesetz in einzelnen Fällen ausdrückich bestimmt, daß ein hypothekarisches Recht auch ohne die sonst erforderliche Einigung entstehen könne (z. B. §§ 1188, 1195, 1196); dies hat es bestimmt für Fälle, in denen eine Einigung unmöglich ist, weil der Vertragsgegner unbekannt ist oder überhaupt fehlt. Für die Eigentümerhypothek hat es aber diese Bestimmung nicht getroffen, trotzdem auch hier ein Vertragsgegner fehlt. Daraus folgt eben, daß eine Eigentümerhypothek ursprünglich gar nicht begründet werden kann. Ein Vertragsgegner, mit dem der dingliche Vertrag, die Einigung, abgeschlossen werden könnte, ist nicht vorhanden, der einseitige Akt des Eigentümers genügt andererseits

[1]) Horn S. 49/50.

auch nicht, also kann eine Eigentümerhypothek überhaupt nur dadurch entstehen, daß der Eigentümer in eine Belastung des Grundstücks, die ursprünglich zugunsten eines anderen bestimmt war, eintritt. Das ist aber nur möglich, wenn bereits eine Belastung des Grundstücks vorhanden ist. Eine Belastung geschieht — abgesehen von den oben erwähnten Ausnahmefällen — nur dadurch, daß eine gültige Eintragung und, vorher oder nachher, eine Einigung zwischen dem Eigentümer und demjenigen, zu dessen Gunsten das Grundstück belastet werden sollte, erfolgt ist. Hat es auch nur an einem dieser für eine Belastung eines Grundstücks gemäß § 873 notwendigen Erfordernisse, sei es an der Eintragung, sei es an der Einigung gefehlt, dann ist eine Belastung des Grundstücks überhaupt nicht zustande gekommen; dann fehlt die Voraussetzung für ein Eintreten des Eigentümers in eine Belastung, dann kann eine Eigentümerhypothek nicht entstehen.[1]

In diesem Sinne hat auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts[2] und der Oberlandesgerichte ausnahmslos entschieden. Vgl. z. B. die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 68, in der es heißt: „Wenn die Einigung über die Hypothekenbestellung selbst nichtig sei, so sei ein Hypothekenrecht überhaupt nicht zur Entstehung gelangt". Ferner eine Entscheidung des Kammergerichts,[3] die ebenfalls von der Annahme ausgeht, daß die Entstehung einer Eigentümerhypothek die gültige Bestellung der ihr zugrunde liegenden Hypothek zur Voraussetzung hat. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Königsberg[4] besagt, auf Grund einer nur scheinbaren und daher nach § 117 BGB. nichtigen Einigung über die Belastung des Grundstücks wäre eine wirksame Hypothek gar nicht entstanden und könne daher auch nicht gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf den Eigentümer übergegangen sein.

Aus diesen und anderen Entscheidungen geht hervor, daß die Praxis eine Eigentümerhypothek nicht nur nicht dann, wenn überhaupt der dingliche Vertrag fehlt, sondern nicht einmal dann entstehen läßt, wenn die Bestellung der Hypothek zwar vorschriftsmäßig erfolgt, der dingliche Vertrag zwar abgeschlossen, aber nachher rechtzeitig und mit Erfolg angefochten ist. Und mit Recht! Denn wird der dingliche Vertrag angefochten, so ist er gemäß § 142 BGB. als von vornherein nichtig anzusehen. Dann ist wie im Falle einer scheinbaren und nach § 117 BGB. nichtigen

---

[1]) vgl. auch Strecker S. 52; Hachenburg, Vorträge S. 530; Eck S. 289; Predari S. 225.

[2]) RG. Bd. 68 S. 101.

[3]) KG. Bd. 27 S. 128 ff.

[4]) OLG. Bd. 5 S. 9, 10.

Einigung überhaupt keine Hypothek entstanden und kann daher auch nicht als Eigentümerhypothek oder Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer übergehen.

§ 24.

6. Aufrechterhaltung einer infolge Fehlens der Einigung unwirksamen Hypothek als Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld auf Grund des § 1196 BGB. ist nicht möglich.

Zu dem Ergebnis, daß die Entstehung einer Eigentümerhypothek das Vorhandensein der Einigung zur Voraussetzung habe, kann man nur gelangen, wenn man

1. die Eigentümerhypothek als Belastung des Grundstücks auffaßt,

2. das BGB. für Entstehung der Eigentümerhypothek keine Ausnahme von der Regel, daß zur Belastung eines Grundstücks Einigung und Eintragung erforderlich sei, gemacht hat.

Das letztere wird nun aber in der Literatur vielfach bestritten. Man will die für die Eigentümergrundschuld gegebenen Ausnahmebestimmungen des § 1196 auf die Eigentümerhypothek anwenden und bei Fehlen der Einigung Gültigkeit der Eigentümerhypothek auf Grund des § 1196 annehmen.

Die Praxis steht aber wieder auf entgegengesetztem Standpunkt; ich verweise vor allem auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 70 S. 356 ff. Die hauptsächlichsten Vertreter obiger, in der Literatur vielfach dargelegten Ansicht sind Schilde, Herold, Bruck und auch Oberneck, der aber selbst zugibt,[1]) daß man „nur mit Hilfe zweifelhafter Interpretationen“ eine wegen Fehlens der Einigung nichtige Hypothek als Eigentümerhypothek auf Grund des § 1196 aufrechterhalten könne.

Zur Begründung wird folgendes ausgeführt:

In jeder Hypothekenbestellung sei zugleich die Bestellung einer event. zur Geltung kommenden Eigentümerhypothek enthalten; so sagen auch die Protokolle[2]): „Wenn eine Hypothek begründet werde, so liege darin zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek“. Infolgessen sei auch in jeder Hypothekeneintragung, möge sie auch für einen anderen lauten, dieses Recht des Eigentümers als miteingetragen anzusehen. Da nun die Eigentümer-

[1]) Oberneck bei Gruchot S. 329.

[2]) Prot. Bd. 3 S. 603.

hypothek, wenigstens die ohne Forderung bestehende, von der Eigentümergrundschuld nur durch den Namen, nicht begrifflich unterschieden sei, da der Eigentümer die Hypothek als Grundschuld (§ 1177 Abs. 1) erwerbe, müsse es genügen, wenn die Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld vorlägen.[1])

Zu demselben Resultat gelangt Bruck (S. 166/67): „Die Eigentümerhypothek sei in Wahrheit keine Hypothek, sondern nach der gesetzlichen Konstruktion eine Grundschuld. Man könnte mithin, wenn dem Gedanken des Gesetzes nicht Gewalt angetan werden solle, die Eigentümerhypothek nur von den Existenzbedingungen abhängig machen, die für die Existenz der Eigentümergrundschuld als erfüllt verlangt werden".

Für die Eigentümergrundschuld verlange § 1196 Abs. 2:

1. die Eintragung;
2. die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle, „d. h. daß sie für ihn bestehen solle".[2])

Dem ersten Erfordernis werde dadurch genügt, daß die Hypothek eingetragen werde; wenn sie auch auf den Namen des Gläubigers laute, so sei damit doch die Eigentümergrundschuld eingetragen. Zu dieser Eintragung brauche nur noch als materieller Faktor die auf die Entstehung der Eigentümerhypothek gerichtete Willenserklärung des Eigentümers hinzuzutreten. Diese Bestellungserklärung liege aber in gültiger Weise vor, wenn der Mangel des dinglichen Hypothekenbestellungsvertrages lediglich darin beruhe, daß, während die Bestellungserklärung des Eigentümers in wirksamer Weise erfolgt sei, der Gläubiger die zur Einigung erforderliche Erklärung nicht abgegeben habe. Den Erfordernissen des § 1196 Abs. 2 sei also genügt, wenn nur die Eintragung der Hypothek auf Grund einer gültigen Eintragungsbewilligung des Eigentümers, wenn auch ohne Einigung mit dem Gläubiger, erfolgt sei. Zunächst wird — in Übereinstimmung mit dem Kammergericht[3]) — bestritten, daß zur Entstehung einer Eigentümerhypothek genügt, wenn die Voraussetzungen einer Eigentümergrundschuld gemäß § 1196 Abs. 2 vorliegen. „Denn die Eigentümerhypothek ist," so sagt die angeführte Entscheidung des Kammergerichts, „wenngleich sie in § 1177 Abs. 1 Satz 1 als Grundschuld bezeichnet wird, doch ihrem Inhalt und ihren rechtlichen Wirkungen nach nicht völlig gleich der Eigentümergrundschuld des § 1196; sie übernimmt vielmehr aus der ursprünglich be-

---

[1]) Schilde S. 31; Oberneck, Grundbuchrecht S. 664, 666.
[2]) Schilde S. 31 ff.
[3]) KG. Bd. 27 S. 128 ff.

stellten Hypothek gemäß § 1177 Abs. 1 Satz 2 die dort angeführten, für die Forderung getroffenen Bestimmungen." Oberneck[1]) meint nun, letzteres sei für das Wesen der Eigentümerhypothek unerheblich. „Ob der Eigentümer den Nutzwert des Kapitals durch die Bezugnahme auf eine Forderung feststellt oder die Höhe des Zinssatzes nach § 1191 Abs. 2 ohne eine solche festsetzt, kann vielleicht für die Höhe der Zinsen von Bedeutung sein, für das Wesen der Eigentümergrundschuld ist dieser Unterschied unerheblich." Abgesehen hiervon besteht aber noch ein weiterer Unterschied zwischen der Eigentümergrundschuld des § 1196 und der dem Eigentümer zustehenden Grundschuld des § 1177 Abs. 1 Satz 1. Denn für letztere wird auch die Anwendung der Bestimmungen der §§ 1193 u. 1194 betr. die Kündigung und den Zahlungsort durch § 1177 Abs. 1 Satz 2 ausgeschlossen. Trotzdem wird vielfach in der Literatur die Ansicht vertreten, ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden bestehe nicht.[2])

Aber selbst zugegeben, daß die Eigentümerhypothek identisch mit der Eigentümergrundschuld sei, daß also für die Entstehung einer Eigentümerhypothek genüge, wenn die Erfordernisse des § 1196 Abs. 2 erfüllt seien, so kann doch in unserem Falle eine Eigentümerhypothek nicht entstehen, denn jenen Erfordernissen ist eben nicht genügt.

Was zunächst die Eintragung anbetrifft, so könnte man wohl bezweifeln, ob es angängig ist, die nicht für den Eigentümer, sondern für einen anderen lautende Eintragung für den Erwerb des Rechts durch den Eigentümer zu benutzen. Schilde sucht diesen Zweifel durch den Hinweis darauf zu zerstreuen, daß dasselbe zutreffe, wenn der Eigentümer das als Hypothek für einen anderen eingetragene Recht von vornherein wegen Nichtentstehens der Forderung als Eigentümerhypothek erwerbe. M. E. ist das aber nicht „dasselbe", denn für den Erwerb der Eigentümerhypothek ist vom Gesetz nur verlangt, daß die ihr zugrunde liegende Hypothek eingetragen, nicht daß die Eigentümerhypothek für den Eigentümer eingetragen ist. Das letztere ist aber ausdrücklich für die Eigentümergrundschuld verlangt, und ob diese Eintragung durch Eintragung einer Hypothek für einen anderen ersetzt werden kann, ist zum mindesten zweifelhaft.

Doch will ich auch hiervon absehen und Schildes Ansicht gelten lassen, daß in jeder Hypothekenbestellung die Bestellung einer event. zur Geltung kommenden Eigentümerhypothek bezw.

[1]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 666.

[2]) Predari S. 225 Anm. 26; Böhm S. 309; Hachenburg, Beitr. S. 28, Vortr. S. 526; auch Prot. Bd. 3 S. 722.

Eigentümergrundschuld enthalten, daher in jeder Hypothekeneintragung dieses Recht des Eigentümers als miteingetragen anzusehen sei. Dagegen aber möchte ich bestreiten, daß das eben geäußerte Bedenken das einzige sei, welches gegen Schildes (oben S. 32—33) dargelegte Auffassung vorgebracht werden könne. Ich meine vielmehr, weit bedenklicher ist es, anzunehmen, daß auch dem zweiten Erfordernis genügt sei. § 1196 verlangt „die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll". § 1196 enthält somit eine Ausnahmevorschrift gegenüber der auch für die Begründung einer Grundschuld gemäß § 873 geltenden Regel, daß eine Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger erforderlich sei. Darum muß, wie auch das Reichsgericht meint, um so mehr mit Strenge auf Erfüllung der Erfordernisse des § 1196 Abs. 2 gesehen werden. M. E. ist daher die Erklärung des Eigentümers, daß er für einen anderen eine Hypothek bestelle, nicht genügend. Die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, „daß eine Grundschuld für ihn eingetragen werden soll", kann unmöglich dadurch ersetzt werden, daß er durch Bestellung einer Hypothek für einen anderen zu erkennen gibt, er wolle event. eine Eigentümergrundschuld erwerben. Zwischen diesen beiden Erklärungen besteht denn doch ein wesentlicher Unterschied. Daher kann auch, selbst wenn man die Entstehung der Eigentümerhypothek nur von den Entstehungsbedingungen der Eigentümergrundschuld abhängig machen wollte, eine Eigentümerhypothek nicht entstehen; denn die Voraussetzungen des § 1196 Abs. 2 sind in unserem Falle nicht gegeben.[1]) Turnau-Förster (S. 802) haben übrigens recht, wenn sie sagen: „Die Frage, ob eine Hypothek, die als solche nichtig sei, zu einer gültigen Grundschuld des Eigentümers werde, könnte nur bejaht werden, wenn die Grundschuld des Eigentümers als das Geringere in der Hypothek als dem Größeren enthalten wäre. Dies sei nicht der Fall; beide seien verschiedene Belastungsformen, deren jede an besondere Voraussetzungen gebunden und mit besonderen Wirkungen ausgestattet sei".

Da die Voraussetzungen des § 1196 Abs. 2 hier nicht vorliegen, ist es auch nicht möglich, im Wege der Konversion, wie Fuchs und Bruck es versuchen, zu helfen und die wegen Fehlens der Einigung nichtige Hypothek als Eigentümergrundschuld aufrechtzuerhalten. § 140 lautet: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis

---

[1]) vgl. Biermann S. 373; Kober S. 709.

der Nichtigkeit gewollt sein würde". Danach solle, wenn der Eigentümer eine Hypothek oder Grundschuld zugunsten eines anderen bestelle und diese wegen Mangels der Einigung nicht zustande komme, doch die in der Bestellung enthaltene Erklärung des Eigentümers, daß die Belastung als Recht an eigener Sache fortleben solle, gelten und die Eigentümergrundschuld wirksam sein; denn den Erfordernissen des § 1196 Abs. 2 sei genügt.

Dies ist, wie eben nachgewiesen, nicht der Fall. Aber auch aus einem anderen Grunde kann § 140 hier nicht angewendet werden. § 140 ist m. E. nur auf solche Fälle anzuwenden, in denen durch das „andere Rechtsgeschäft" derselbe oder doch wenigstens im wesentlichen derselbe Erfolg herbeigeführt wird, den das ursprünglich gewollte Rechtsgeschäft im Falle seiner Gültigkeit erzielt hätte. Das trifft aber hier nicht zu, denn durch das „andere Rechtsgeschäft", durch Aufrechterhaltung der Eigentümergrundschuld, wird ja ein ganz anderer Erfolg — ein anderes Recht für eine andere Person — herbeigeführt, als durch die Hypothekenbestellung beabsichtigt war.

So sagt auch die schon erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts[1]: „Es kann der dem wahren Willen entsprechenden Erklärung des Eigentümers, ein hypothekarisches Recht dieser Art für einen anderen zu begründen, nicht eine dem wahren Willen zuwiderlaufende Erklärung, ein hypothekarisches Recht *anderer Art für sich selbst* an eigener Sache zu begründen, unterstellt werden. Letzteres kann auch auf dem in § 140 vorgeschriebenen Wege der Umdeutung nicht geschehen; denn diese Gesetzesvorschrift ist nicht dahin auszudehnen, daß einer Willenserklärung die Richtung der Begründung eines anderen Rechtes und für eine andere Person, als worauf die Erklärung tatsächlich gerichtet ist, gegeben werden könnte".

Die Anwendung des § 140, um eine Hypothek, die der Eigentümer für einen anderen ohne Einigung mit diesem hat eintragen lassen, als Eigentümergrundschuld aufrechtzuerhalten, ist also auch aus diesem Grunde unzulässig.

Es hat sich also ergeben:

1. Eine wegen Fehlens der Einigung nichtige Hypothek kann nicht als Eigentümergrundschuld auf Grund der §§ 1196 u. 140 aufrechterhalten werden, denn es ist weder den Erfordernissen des § 1196 genügt noch ist § 140 in diesem Falle anwendbar.

2. Eine wegen Fehlens der Einigung nichtige Hypothek kann auch nicht als Eigentümerhypothek auf Grund des § 1196 fortbestehen, denn den Erfordernissen des § 1196 ist eben nicht genügt.

---

[1]) RG. Bd. 70 S. 356 ff.

Diesen Erfordernissen ist eben nur dann genügt, wenn der Eigentümer ausdrücklich gegenüber dem Grundbuchamte erklärt, daß eine Grundschuld für ihn eingetragen werden solle, und die Eintragung der Grundschuld für ihn erfolgt. Dann entsteht eben für den Eigentümer eine Eigentümergrundschuld. Eine Eigentümerhypothek kann demnach auf Grund des § 1196 gar nicht entstehen. Mit Recht sagt Endemann (S. 460): „Eine Eigentümerhypothek darf nicht ad hoc, nicht absichtlich begründet werden, so daß sie von vornherein für den Grundstückseigentümer bestellt würde. Die Voraussetzung ist vielmehr, daß durch einen Zufall u. dgl. die Entstehung der für einen anderen bestimmten Hypothek vereitelt wird, oder daß eine diesem bereits zustehende Hypothek auf den Eigentümer nachträglich übergeht".

Das Bürgerliche Gesetzbuch macht also für die Entstehung der Eigentümerhypothek keine Ausnahme von der Regel, daß zur Belastung eines Grundstücks eine Einigung erforderlich sei. Darum bleibt es bei dem obigen Resultat (S. 31): Eine Eigentümerhypothek kann nur dadurch entstehen, daß der Eigentümer in eine bereits vorhandene Belastung eintritt; sie kann daher nicht entstehen, wenn die Hypothek wegen Fehlens der Einigung nichtig ist.

§ 25.

7. Widerlegung einiger gegen die hier vertretene Auffassung des Wesens der Eigentümerhypothek und des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. erhobenen Einwürfe.

Die Gegner obiger Ansicht bezeichneten jenes Ergebnis als ein unannehmbares. Es widerspreche der Billigkeit und den Bedürfnissen des Verkehrs. In Ansehung der Grundschuld sei man nach dieser Auffassung genötigt, das Einrücken des Eigentümers zu versagen, wenn eine Einigung mit dem Gläubiger nicht geschlossen sei, obwohl es doch dem Eigentümer nicht verwehrt sei, auf seinen Namen, also auch unter Benutzung eines Pseudonym oder eines verschleierten Namens, eine Grundschuld für sich eintragen zu lassen. Schon oben (S. 20) habe ich darauf hingewiesen, daß gerade die entgegengesetzte Ansicht der Billigkeit widerspricht. Daß der Eigentümer unter Benutzung eines Pseudonym, einer Eintragung für einen anderen, für sich selbst ein Recht begründen könne, muß gerade das Gesetz zu verhindern suchen, da der Eigentümer unlautere Zwecke damit ver-

folgen kann. In der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 70 S. 356 ff. heißt es: „Könnte durch eine einseitige Erklärung des Eigentümers, daß eine Hypothek für einen anderen eingetragen werden solle, eine Grundschuld für den Eigentümer rechtswirksam begründet werden, so würde dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben sein, diese Art der Begründung eines hypothekarischen Rechts zu unlauteren Zwecken auszunutzen, insbesondere durch Eintragung einer Hypothek unter falschem Namen seinen Gläubigern gegenüber die Tatsache zu verschleiern, daß er unter dem Scheine der Eintragung einer Hypothek für einen anderen ein hypothekarisches Recht für sich selbst begründet habe. Will der Eigentümer eine Grundschuld für sich selbst eintragen lassen, so muß er dies der Wahrheit entsprechend und in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form erklären, also die Eintragung einer Grundschuld „für ihn“ bewilligen und beantragen“.

Oberneck[1]) und Dernburg[2]) meinen, unsere Ansicht scheitere vollständig an der Grundschuld. Bei unserer Auslegung des § 1163 Abs. 1 könnte man weder den Satz 1 noch auch den Satz 2 auf die Grundschuld anwenden. Nun werde aber doch einstimmig angenommen, daß im Falle der Befriedigung des Grundschuldgläubigers durch den Eigentümer derselbe die Grundschuld erwerbe, und dies müsse man auch annehmen. Wenn man aber zugestehen müsse, daß der Eigentümer einrücke, wenn eine eingetragene Grundschuld unwirksam sei, müsse man Entsprechendes annehmen, wenn die eingetragene Hypothek unwirksam sei. Diese letzte Folgerung ist sehr richtig. Aber es ist nicht einzusehen, warum man den § 1163 Abs. 1 auf die Grundschuld anwenden müsse. Allerdings scheint die herrschende Meinung dahin zu gehen, daß wenigstens Satz 2 auf die Grundschuld anzuwenden sei. Ich möchte mich allerdings dieser Meinung nicht anschließen, sondern der Ansicht Böhms (S. 309) den Vorzug geben. „Es gibt abweichend von der Eigentümerhypothek keine Eigentümergrundschuld bei Nichtvorhandensein oder bei Wegfall der neben der Grundschuld etwa bestehenden persönlichen Forderung.“ Ferner sagt Böhm S. 301 zu § 1192: „Auch § 1163 Abs. 1 kann nicht anwendbar sein. Die Forderung ist kein wesentliches Moment für das Entstehen der Grundschuld; das Nichtbestehen oder Erlöschen derselben kann daher die dingliche Belastung dem Eigentümer nicht zuwenden“.

Auf keinen Fall kann man, wenn man unsere Ansicht vertritt, den § 1163 Abs. 1 Satz 1 auf die Grundschuld anwenden.

---

[1]) Oberneck bei Gruchot S. 327 ff.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 648 Anm. 2.

Ob das ein nicht annehmbares Ergebnis ist, kann, wie Turnau-Förster (S. 685) sagen, nicht ins Gewicht fallen, „denn es erscheint durch das Gesetz und die Absicht des Gesetzgebers geboten".

Ferner erhebt man den Vorwurf, es sei ungerecht und unzulässig, daß die nachstehenden Realgläubiger vorrückten. Dadurch würden ihnen Vorteile gewährt, trotzdem sie vielleicht schon bei der Begründung ihres Hypothekenrechtes sich wegen ihres Ranges hinter den voreingetragenen Rechten andere Vorteile hatten gewähren lassen; außerdem würde der Eigentümer in seinem Kredit geschädigt und seine wirtschaftliche Stellung aufs äußerste gefährdet. Diese Erwägungen sind auch wieder ganz richtig, aber gegen den Willen des Gesetzes können solche volkswirtschaftlichen Forderungen nicht berücksichtigt werden. Ob man dem obigen Vorwurf dadurch begegnen kann, daß man mit Fuchs (S. 523) und Neumann (S. 798) sagt, die Nacheingetragenen seien — namentlich wenn ihre Hypothek mit entsprechender Zinserhöhung bestellt worden sei — obligatorisch gehalten, sich die Eintragung einer neuen Post von dem Betrage der unwirksamen mit Vorrang vor ihrem Recht gefallen zu lassen, möchte ich doch für zweifelhaft halten. Ebenso erscheint mir bedenklich die Ansicht Cromes[1]: „zufolge der übereinstimmenden Annahme der Parteien bei späteren Pfandbewilligungen, daß die von dem nichtigen Pfandrecht eingenommene Stelle besetzt sei, werde stillschweigend dem Eigentümer das Recht vorbehalten, wie nach § 881 BGB. ein anderes Recht mit vorgehendem Rang eintragen zu lassen". Ob man dies annehmen und dadurch die in dem Vorrücken nachstehender Realgläubiger liegende Ungerechtigkeit beseitigen kann, ist jedenfalls zweifelhaft. Übrigens führt aber die Ansicht, daß nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 eine Eigentümerhypothek ohne Einigung entstehen könne, wie S. 20, 37/38 nachgewiesen ist, auch zu Ungerechtigkeiten.

§ 26.

8. Aufrechterhaltung einer wegen Fehlens der Einigung unwirksamen Hypothek als Eigentümerhypothek durch Analogie ist nicht zulässig.

Vielfach wird (zuerst ist es von Dernburg geschehen) auf die Inkonsequenz hingewiesen, die darin liegen soll, daß nach unserer Ansicht eine Eigentümerhypothek entsteht, wenn eine

[1]) Crome Bd. 3 S. 740.

Hypothek wegen Fehlens der Forderung für den Gläubiger ungültig ist, dagegen nicht entsteht bei Ungültigkeit der Hypothek wegen Fehlens der Einigung. Dernburg meint,[1] da eine ausdrückliche Regelung des Falles im Bürgerlichen Gesetzbuch fehle, könnte sich die Praxis wohl entschließen, nach Analogie in diesem Falle ein Einrücken des Eigentümers anzunehmen. Dies wäre ein zweckmäßiger Ausbau der Gesetzgebung.

Diesen Wunsch Dernburgs hat die Praxis bisher nicht erfüllt, und mit Recht nicht. Analogie ist ausgeschlossen, wenn durch sie gegen den Willen des Gesetzes verstoßen werden würde. Wenn Dernburg sagt, eine ausdrückliche Regelung unseres Falles fehle im Bürgerlichen Gesetzbuch, so ist ihm insofern recht zu geben, als das Bürgerliche Gesetzbuch nicht ausdrücklich sagt, ob zur Entstehung einer Eigentümerhypothek eine Einigung notwendig sei oder nicht. Aber aus den übrigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Eigentümerhypothek folgt, daß sie eine „hypothekengleiche Belastung des Grundstücks" ist und nur dadurch entstehen kann, daß der Eigentümer in eine bereits vorhandene Belastung einrückt. Es muß also die ihr zugrunde liegende Hypothek gültig bestellt gewesen sein, d. h. ihre Eintragung und die Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten erfolgt sein. Eine Ausnahme von dieser Regel darf nicht gemacht werden.

Faßt man die Eigentümerhypothek als Sukzession in eine vollwirksam gewesene Gläubigerhypothek auf und sieht man eine Ausnahme hiervon — „einen Rückfall in das Locusprinzip" [1] — in § 1163 Abs. 1 Satz 1 schon deshalb, weil der Eigentümer danach auch in eine Hypothek einrücken darf, welche wegen Nichtentstandenseins der Forderung von vornherein niemals als wirksame Gläubigerhypothek bestanden hat, so darf man doch diese Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 nicht analog auf den Fall des Fehlens der Einigung anwenden; vielmehr muß man dann der Ansicht Horns beistimmen: „Ausnahmebestimmungen sind einschränkend zu interpretieren. Aus der de lege lata durchaus nicht zu billigenden Bestimmung des § 1163 Abs. 1 kann nicht folgen, daß wir eine noch anfechtbarere in das Gesetz hineintragen müssen".[1]

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. S. 648.
[1]) Horn S. 59.

C. Schluß.

§ 27.

Mag man behaupten, „die ganze Lehre von der Eigentümerhypothek bleibe für den Unbefangenen eine Anomalie, die ohne zwingenden Anlaß auf andere, noch dazu zweifelhafte Fälle nicht analog angewendet werden dürfe“,[2]) oder mag man andererseits meinen, die Eigentümerhypothek sei keine Ausnahmeerscheinung mehr wie in den bisherigen Rechtsordnungen, sondern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sei sie die Regel und trete daher überall in die Erscheinung, wo ihre Voraussetzungen vorlägen,[2]) — das dürfte jedenfalls durch meine Ausführungen nachgewiesen sein: man kann die Eigentümerhypothek unmöglich als „die grundlegende Hypothek, den Urquell aller pfandrechtlichen Belastung“ (Lange) bezeichnen. Ich möchte mich der Ansicht Horns anschließen: „Die Eigentümerhypothek erscheint im Bürgerlichen Gesetzbuch als interimistischer Normalfall gedacht, wenn eine Gläubigerhypothek wegen Nichtexistenz der Forderung nicht rechtswirksam wird, oder wegen Erlöschens der Forderung ihre Rechtswirksamkeit verliert oder sonstwie für den Gläubiger erledigt wird“.[3]) Voraussetzung für ihre Entstehung ist aber immer, daß die ihr zugrunde liegende Gläubigerhypothek vorschriftsmäßig bestellt gewesen ist. Sie kann daher nicht entstehen, auch im Wege der Analogie nicht, auch auf Grund der §§ 1196 u. 140 nicht, wenn es an der Einigung gefehlt hat; ebenso wenig kann in diesem Falle eine Eigentümergrundschuld existent werden.

Will man diese Ansicht nicht schon deshalb als richtig anerkennen, weil § 1163 Abs. 1 Satz 1 aus dem die Hypothek erzeugenden Tatbestande nur das Tatbestandsmerkmal des Vorhandenseins der Forderung ausscheidet — damit also das Vorhandensein aller übrigen Merkmale hier und in allen anderen Fällen der Eigen-

---

[1]) Horn S. 75.
[2]) Ganz S. 13; Prot. S. 599.
[3]) Horn S. 173.

tümerhypothek verlangt —, sondern will man behaupten, eine ausdrückliche Regelung unserer Frage fehle im Bürgerlichen Gesetzbuch, so folgt daraus noch keineswegs, daß wir hier vor einer Lücke des Gesetzes stehen. Denn die im Gesetz enthaltenen Bestimmungen über die Eigentümerhypothek und deren materieller Inhalt lassen erkennen, daß sie eine dingliche Belastung des Grundstücks ist und daher nur durch Eintritt des Eigentümers in eine durch Einigung und Eintragung zustande gekommene Belastung entstehen kann. Da nun aber über die Rechtsnatur der Eigentümerhypothek vielfach Ansichten vertreten werden, nach denen sie kein dingliches Recht ist und daher auch keiner Einigung zu ihrer Entstehung bedarf, müssen in der Praxis häufige Widersprüche zwischen den Entscheidungen der einzelnen Gerichte und damit eine große Rechtsunsicherheit die natürliche Folge sein.

Darum ist bedauerlich, daß eine Entscheidung über unsere Streitfrage nicht unmittelbar aus den Bestimmungen des Gesetzes entnommen, sondern erst nach Prüfung der Rechtsnatur der Eigentümerhypothek mit Sicherheit gefällt werden kann.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 4. Februar 1887 wurde ich, Paul Bleske, Sohn des jetzt in Graudenz wohnhaften Rechnungsrats Anton Bleske, in Flatow Westpr. geboren. Ich bin katholischer Religion und preußischer Staatsangehöriger.

Von Ostern 1897 bis Ostern 1906 besuchte ich das Königl. Gymnasium in Graudenz. Alsdann studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten in München und Breslau.

Am 3. Februar 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 24. Februar 1910 die mündliche Doktorprüfung.

Bis zum 1. Oktober 1910 war ich dann beim Königl. Amtsgericht in Neuenburg Westpr. als Referendar beschäftigt.

Von Oktober 1910 bis Oktober 1911 genügte ich meiner Militärpflicht beim 2. Pommerschen Fußartillerie-Regiment Nr. 15 in Graudenz, worauf ich wieder meinen Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht in Neuenburg Westpr. angetreten habe.